



**UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR**  
**SUPERINTENDÊNCIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO**  
**MESTRADO EM POLÍTICAS SOCIAIS E CIDADANIA**

**GERSON ALMEIDA GUSMÃO SOUZA JÚNIOR**

**A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE  
SAÚDE REFERENTES AO FORNECIMENTO  
DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO E A  
RESERVA DO POSSÍVEL**

**SALVADOR**

**2015**

**GERSON ALMEIDA GUSMÃO SOUZA JÚNIOR**

**A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE  
SAÚDE REFERENTES AO FORNECIMENTO  
DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO E A  
RESERVA DO POSSÍVEL**

Dissertação apresentada ao Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania da Universidade Católica do Salvador, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior.

**SALVADOR**

**2015**

UCSal. Sistema de Bibliotecas.

S729 Souza Júnior, Gerson Almeida Gusmão.  
A judicialização de políticas públicas de saúde referentes ao fornecimento de medicamentos de alto custo e a reserva do possível/  
Gerson Almeida Gusmão Souza Júnior. – Salvador, 2015.  
105 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica do Salvador.  
Superintendência de Pesquisa e Pós-Graduação. Mestrado Políticas Sociais e Cidadania.  
Orientação: Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior.

1. Direito fundamental à saúde - Reserva do possível 2. Direito fundamental à saúde - Mínimo existencial 3. Controle judicial - Políticas públicas I. Título.

CDU 342.7:614

**TERMO DE APROVAÇÃO**

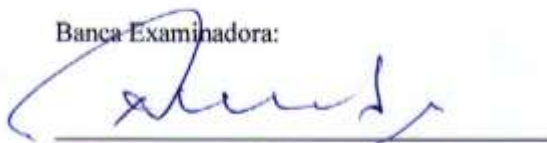
**GERSON ALMEIDA GUSMÃO SOUZA JUNIOR**

**“A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE REFERENTES  
AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO E A RESERVA DO  
POSSÍVEL”**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Políticas  
Sociais e Cidadania da Universidade Católica do Salvador.

Salvador, 07 de abril de 2015.

Banca Examinadora:



Prof. Dr. Dirley da Cunha Junior – Orientador/UCSal



Prof. Dr. André Alves Portella – UCSal



Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares – UFBA

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente e acima de tudo a Deus, por me fortalecer e me proteger contra os males que tentam recair sobre minha vida.

À minha família que sempre está ao meu lado em todos os momentos bons e ruins da minha vida.

Ao meu Orientador, Professor Doutor Dirley da Cunha Júnior, por ter sido meu mestre, me dedicado todo apoio moral, didático e de incentivo que me proferiu desde quando fui seu aluno especial nas disciplinas optativas de Ativismo Judicial e de Direitos Fundamentais, além dos seus ensinamentos e orientações durante todo o decorrer desta pesquisa, sem os quais seria impossível concluir, com êxito, este empreendimento.

Ao Professor Doutor André Portela, pelos ensinamentos, cortesia e tratamento que sempre me deferiu desde quando fui seu aluno especial na disciplina Previdência Social no Brasil deste Mestrado de Políticas Sociais e Cidadania.

Ao Professor Doutor Ricardo Maurício Freire Soares, por ser um professor, mestre e amigo que sempre admirei, desde os tempos de graduação quando me lecionou Direito Constitucional I na Unime. Perdemos contato por alguns anos e retomamos, felizmente, há meses atrás graças a esta minha pesquisa dissertativa.

SOUZA JÚNIOR, Gerson Almeida Gusmão. **A judicialização de políticas públicas de saúde referentes ao fornecimento de medicamentos de alto custo e a reserva do possível.** 105f. Dissertação (Mestrado) - Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania, Universidade Católica do Salvador, (UCSAL), Salvador, 2015.

## RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo analisar a problemática que envolve as necessidades de equilíbrio financeiro da nação e de obrigação de cumprimento das normas legais por parte dos poderes instituídos, em contraposição às necessidades particulares dos cidadãos, especificamente relacionadas à área da saúde e ao fornecimento gratuito de medicamentos de alto custo, o que coloca em linha de choque as teorias do mínimo existencial e a da reserva do possível. Para tanto, partiu-se da ideia geral do pacto social que criou os estados e da evolução dos direitos sociais em âmbito universal, notadamente influenciada pelas Revoluções Francesa e Norte Americana, a partir das quais as relações entre governantes e governados transformaram-se, passando os cidadãos a exigirem posturas cada vez mais atuantes dos governos, com atenção especial para a evolução do assunto nas nossas Constituições. Atentou-se ainda para o sistema de repartição dos poderes e para a aparente superioridade do Judiciário em relação aos demais, sendo este o Poder ao qual o cidadão recorre em caso de que o Executivo não atenda às suas necessidades.

**Palavras-chave:** Reserva do possível. Mínimo existencial. Direito fundamental à saúde. Controle judicial das políticas públicas.

SOUZA JÚNIOR, Gerson Almeida Gusmão. **The legalization of public health policies for the delivery of high-cost medicines and the reserve for contingencies.** 105f. Dissertation (Master) - Master in Social and Citizenship Policies, Catholic University of Salvador, (UCSAL), Salvador, 2015.

### **ABSTRACT**

This thesis aims to analyze the problems involved in the needs of the nation's financial stability and legal obligation to comply with these standards by the powers that be, as opposed to the particular needs of citizens, specifically relating to health and the free supply of high-cost drugs, which puts in the shock line theories and existential minimum booking as possible. So, we started from the general idea of the social pact that created the states and the evolution of social rights in a universal context, notably influenced by the North American and French revolutions, from which the relations between rulers and ruled have become, passing citizens to demand increasingly active postures of governments, with special attention to the evolution of matter in our Constitutions. Still paid attention to the system of division of powers and the apparent superiority of the judiciary in relation to the other, which is the branch of power to which the citizen recourse in the event that the Administration does not meet your needs.

**Keywords:** Reservation possible. Existential minimum. Fundamental right to health. Judicial control of public policy.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIações

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta da Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CDC	Código de Direito do Consumidor
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justiça
EC	Emenda Constitucional
HC	Habeas Corpus
HD	Habeas Data
MI	Mandado de Injunção
MS	Mandado de Segurança
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas



## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>1</b>	<b>A EVOLUÇÃO DAS SOCIEDADES NA PERSPECTIVA JURÍDICA .....</b>	<b>17</b>
1.1	AS REGRAS DA SOCIEDADE .....	20
1.2	A SOCIEDADE E A ECONOMIA.....	21
1.3	A SOCIEDADE E AS LEIS .....	24
<b>2</b>	<b>OS DIREITOS SOCIAIS E AS CONSTITUIÇÕES .....</b>	<b>26</b>
2.1	OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NAS CONSTITUIÇÕES .....	29
2.2	A FORMAÇÃO POLÍTICA DA REPÚBLICA BRASILEIRA .....	33
2.3	O NEOCONSTITUCIONALISMO .....	36
<b>3</b>	<b>O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS SOCIAIS DE SAÚDE.....</b>	<b>38</b>
3.1	A CONSTITUIÇÃO DE 1824.....	40
3.2	A CONSTITUIÇÃO DE 1891 .....	41
3.3	A CONSTITUIÇÃO DE 1934.....	43
3.4	A CONSTITUIÇÃO DE 1937.....	44
3.5	A CONSTITUIÇÃO DE 1946/46	
3.6	A CONSTITUIÇÃO DE 1967.....	47
3.7	O ATO INSTITUCIONAL Nº 5 .....	48
3.8	A CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	49
<b>4</b>	<b>O SISTEMA DESCENTRALIZADO DE SAÚDE.....</b>	<b>51</b>
<b>5</b>	<b>A RESPONSABILIZAÇÃO DOS GOVERNOS DIANTE DO DEVER DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS SOCIAIS DE SAÚDE.....</b>	<b>56</b>
5.1	OS GOVERNOS E O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE .....	57
5.2	A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS .....	58
<b>6</b>	<b>A INAPLICABILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL DIANTE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE .....</b>	<b>60</b>
6.1	A ORIGEM DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL.....	61
6.2	A RESERVA DO POSSÍVEL NO DIREITO BRASILEIRO.....	61
<b>7</b>	<b>O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE COMO CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL .....</b>	<b>66</b>
7.1	AS NORMAS PROGRAMÁTICAS NO BRASIL .....	66
7.2	O DIREITO SUBJETIVO GERADO PELA NORMA FUNDAMENTAL.....	67
7.3	O PAPEL DOS TRIBUNAIS NA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL.....	68
7.4	A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	69
7.5	A ORIGEM DA TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL.....	71
7.6	A APLICAÇÃO DA TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL NO BRASIL .....	72

7.7	A JUDICIALIZAÇÃO EMBASADA NA TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL .....	73
<b>8</b>	<b>INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA EFETIVAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE .....</b>	<b>76</b>
8.1	OS CASOS PIONEIROS DE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE .....	76
8.2	O PACIENTE MAIS CARO DO MUNDO .....	77
8.3	OS INTERESSES SUSPEITOS.....	79
8.4	A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE .....	80
<b>9</b>	<b>A EVOLUÇÃO DOS JULGADOS .....</b>	<b>82</b>
9.1	O PODER DA NORMA .....	82
9.2	O CONTEÚDO ECONÔMICO DAS AÇÕES.....	83
9.3	AS CONSEQUÊNCIAS ECONÔMICAS DAS AÇÕES.....	84
9.4	A LEGISLAÇÃO E A JURISPRUDÊNCIA .....	88
<b>10</b>	<b>O ATIVISMO JUDICIAL COMO UMA NECESSIDADE À EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PARA FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO .....</b>	<b>91</b>
10.1	FORNECIMENTO GRATUITO E REGULAR DE MEDICAMENTO INDISPENSÁVEL A PACIENTES TRANSPLANTADOS NA BAHIA .....	95
<b>11</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>96</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>101</b>
	.....	

## INTRODUÇÃO

O presente estudo tem o propósito de analisar os fatores que conduziram à necessidade de judicialização de políticas públicas de saúde referentes ao fornecimento de medicamentos de alto custo, em função da comum alegação governamental da impossibilidade de atender às necessidades de todas as pessoas que compõem a sociedade, gerando o conflito entre a obrigação constitucional de garantir o Mínimo Existencial e a assim denominada Reserva do Possível.

Os questionamentos centrais da presente dissertação dizem respeito ao estudo da postura do Estado ante às demandas, coletivas ou particulares, pelo fornecimento gratuito de medicamentos de alto custo, colocadas em contraste com as limitações orçamentárias e a necessidade de aplicação parcimoniosa dos recursos, visando ao atendimento igualitário a toda a população.

Como parte do processo, estudou-se a judicialização de políticas públicas de saúde referentes ao fornecimento de medicamento de alto custo e a reserva do possível a partir da perspectiva adotada no Brasil, especialmente após o advento da Constituição Federal de 1988 que alçou os direitos sociais à categoria de direitos fundamentais, com o propósito de analisar se nos dias atuais é válida a alegação estatal de impossibilidade de prover determinadas políticas sociais para o povo justificada na reserva do possível, bem como o papel do Poder Judiciário na resolução da questão, fundamentado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a aplicação da teoria do mínimo existencial.

No decorrer das etapas de pesquisa, restou evidente a relevância do papel do Judiciário na resolução das questões relativas ao não fornecimento de medicamentos de alto custo, por parte do Estado, compreendido como a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos eles polos passivos das ações e buscou-se uma alternativa que evite o choque entre os Poderes instituídos e preserve, ao mesmo tempo, os direitos fundamentais expressos em nossa Constituição.

Foram analisados temas específicos cuja valoração demandou o exame de diferentes aspectos envolvidos no problema, tais como:

- a) os aspectos históricos do direito social à saúde no Brasil, bem como o conceito contemporâneo da efetividade desse direito fundamental, os tipos de direitos sociais no Brasil, os direitos sociais fundamentais preconizados pela CF/88, a aceitação ou não pelo sistema jurídico brasileiro no que concerne à alegação do Estado de aplicação da teoria da *reserva do possível* para justificar a ausência de efetividade de determinadas políticas públicas para o cidadão;
- b) a evolução do papel do judiciário frente às questões que envolvem o (des)cumprimento das normas constitucionais em nosso país;
- c) o direito comparado, a fim de estabelecer aspectos semelhantes e antagônicos entre o direito brasileiro e o direito alienígena, especialmente o alemão, de onde importamos a teoria da Reserva do Possível, que tem servido para justificação do Estado em não prover certos direitos sociais ao indivíduo;
- d) a teoria do Mínimo Existencial, também oriunda do direito germano, amparado em autores que anteriormente trataram o tema, que diz respeito à garantia da dignidade da pessoa humana, em que o Estado provê a todos os seus cidadãos um mínimo para se viver com dignidade, bem como os limites estabelecidos em nosso país para o mínimo existencial e de que forma ele é assegurado também aos indivíduos;
- e) os direitos sociais enquanto garantias de um “*welfare state*” - estado do bem-estar social - cuja concretização material se dá de forma mais efetiva através de políticas públicas;
- f) a diferença entre um Estado assistencialista e um Estado provedor, demonstrando que o Brasil, embora instituído como Estado provedor pela Carta Política de 1988, tem se caracterizado e atuado como verdadeiro Estado assistencialista;

O presente trabalho, além de revisitar a bibliografia pertinente aos direitos sociais e à reserva do possível, fez a análise documental da Constituição Federal de 1988 e das anteriores, valendo-se de técnicas de análise de discurso, com a pretensão de questionar os sentidos estabelecidos nas formas de produção dos textos abordados, direcionando o olhar um pouco mais para o sentido dos mesmos, perscrutando a ideologia implícita na linguagem utilizada e levando em consideração os aspectos ideológicos, históricos e linguísticos que envolveram cada elaboração legal.

A análise discursiva, em geral, entende a ideologia como o posicionamento adotado pelo produtor do texto em função de suas crenças pessoais ou da influência à que esteja sujeito naquele momento, o que envolve também os aspectos históricos, com as implicações sociopolíticas relativas à época, ao passo que a linguagem é o veículo comunicativo, do qual o pesquisador deve procurar inferir o sentido das orações, por via da interpretação. A análise de discurso não produz, portanto, um novo enunciado, nem tampouco serve para a descoberta de novas assertivas ou para determinar o que é ou não correto, mas presta-se a uma releitura com o propósito de mostrar como o próprio discurso funciona.

A análise de conteúdo, por sua vez, permite uma reinterpretação do texto, com o uso de descrições sistemáticas de cunho qualitativo ou quantitativo, visando ao alcance da compreensão de significados para além do senso comum, prestando-se tanto para o estudo de produções alheias quanto para a sistematização das informações colhidas em pesquisas empíricas. Assim, uma vez delimitado o âmbito, o alcance e o lapso temporal do objeto da pesquisa, feitas as leituras pertinentes e reunidas as informações necessárias, passa-se à verificação das hipóteses, sejam contrárias ou afirmativas do pressuposto lançado, com o propósito de descobrir a profundidade de cada conteúdo estudado.

A metodologia de trabalho envolveu ainda a busca de casos significativos, desde os primórdios da promulgação da Constituição Federal de 1988 até os dias atuais, com alguns casos polêmicos que serviram para análise comparada de processo, visando a averiguar o tratamento dado pela Justiça brasileira aos mesmos e a evolução no âmbito das leis ou na forma de julgar.

O método utilizado foi o da pesquisa jurídico-sociológica exploratória, tendo por objeto a análise da norma jurídica no contexto da realidade social em que se manifesta e utilizando-se do raciocínio dedutivo. Buscou-se, a partir de constatações empíricas, estabelecer-se a solução do problema pesquisado, partindo do "ser" para tentar alcançar o "dever ser", tratando-se, portanto, de uma concepção realista de pesquisa.

A coleta e análise de documentos, legislações e jurisprudência, foram alguns dos principais procedimentos deste trabalho. Como em toda pesquisa exploratória, puderam ser utilizados dados obtidos indiretamente, seja em livros, artigos, ou em outras espécies de materiais impressos ou informáticos, levando-se também em consideração que muitos dados da realidade social, política e econômica, que dizem respeito ao problema, podem ser encontrados em meio eletrônico.

A bibliografia utilizada envolveu a análise de jurisprudência e da doutrina brasileiras a respeito do assunto, oriundas especialmente de livros e trabalhos recentes, por vezes colocadas em comparação com legislações estrangeiras, especialmente a alemã, em virtude da sistematização, naquela nação, das garantias legais que visam à manutenção do mínimo existencial, visando à análise comparada com nossa legislação pátria, em que as políticas sociais ainda não alcançaram tal garantia.

Para os efeitos práticos da pesquisa, uma vez definido o escopo como sendo o da problemática relacionada ao direito legal de o cidadão obter o fornecimento de medicamentos de alto custo, e estabelecidos como possíveis polos passivos das ações os Poderes Executivos municipais, estaduais ou o federal, delimitou-se como limite temporal o lapso compreendido entre os anos de 1988 a 2014.

Também serviram de base a este trabalho as publicações do professor Dirley da Cunha Júnior, bem como a análise de suas sentenças, em casos correlatos ao tema.

O tema abordado no presente trabalho se delineou a partir da constatação de que há, em nossa sociedade, um abismo entre a realidade e o ideal constitucional, quando se foca o olhar sobre as formas de assistência de saúde proporcionadas pelo Estado em contraste com o que o legislador procurou firmar em nossa Carta Magna e com os compromissos assumidos pelas políticas sociais contemporâneas.

Por envolver uma série de fatores importantes para a compreensão da formação das sociedades e do surgimento de políticas públicas que visam ao atendimento das necessidades dos cidadãos, o estudo abrangeu os aspectos históricos que marcaram as diversas construções legais, com atenção especial para a brasileira, na qual se registra o direito à saúde como direito social fundamental, abrangendo, também, a controversa questão da obrigatoriedade — ou não —, de os governos instituídos fornecerem os medicamentos necessários à manutenção ou recuperação da saúde da totalidade de seus governados, inclusive e especialmente os de alto custo.

Assim, a primeira parte deste estudo aborda os aspectos históricos envolvidos na construção das sociedades e as evoluções sociopolíticas até o estabelecimento dos modernos Estados democráticos de Direito e suas contribuições para o delineamento dos direitos individuais fundamentais. Em seguida se voltou a atenção para o caso particular de nossa nação, com a análise das diversas Constituições pátrias, com enfoque especial para a atual Carta de 1988 e sua visível vocação cidadã.

A terceira parte enfoca a estruturação tripartite do poder e a função reparadora do Judiciário em relação aos possíveis descumprimentos de preceitos constitucionais, especialmente aqueles voltados a preservar o direito à saúde e a obrigatoriedade do fornecimento de medicamentos, contrapondo as teorias do mínimo existencial e da reserva do possível. Por fim, fez-se o estudo de casos e sua delimitação geográfica e temporal, bem como se verificará a responsabilidade concorrente a todos os entes da União quanto aos casos, a fim de comprovar que qualquer um dos níveis, municipal, estadual ou federal, podem ser o polo passível de eventuais ações.

Partiu-se do princípio de que cada povo, uma vez reunido de modo a formar uma nação e estabelecidas normas gerais de convívio, com obrigações e proibições, está formalmente constituído. Modernamente, no entanto, é comum que se procure compreender um Estado a partir do conjunto de leis escritas que tenha produzido, entre as quais um subconjunto especial a que se costuma denominar Constituição. É nela que se estabelecem os direitos fundamentais de cada cidadão, bem como as principais permissões e negações a que se sujeita a sociedade e é considerada como a norma superior entre todas.

Para um melhor entendimento acerca do que representa um direito fundamental, foi necessário inicialmente percorrer os caminhos históricos que conduziram as nações a produzirem leis que transcenderam os objetivos primordiais de pactos de não agressão, pelos quais os homens cediam parte de suas liberdades pessoais em favor de um governo que lhes garantisse a paz necessária e a defesa comum. Partindo-se deste princípio, pode-se afirmar que, uma vez constituído em sociedade, o homem concedeu e adquiriu direitos que mais tarde passariam a ser denominados de sociais, porque inerentes a todos os membros do grupo. Entre os direitos sociais individuais primários podemos incluir o direito à vida, à liberdade e à locomoção, sem olvidar outro que é igualmente fundamental: o direito à propriedade.

Este conjunto de direitos tem sido alvo de estudos e de debates entre correntes antagonistas, como as dos filósofos realistas e idealistas, que discutem entre a ideia de que a lei é resultado das lutas entre classes sociais ou simplesmente o acolhimento de princípios abstratos preexistentes, ou as mais conhecidas positivista e jusnaturalista, com a primeira afirmando que a lei é fruto da vontade do Estado e a segunda defendendo que há leis que são naturais e, portanto, anteriores e superiores em virtude àquela vontade manifestada.

Há certo consenso, porém, quanto à delimitação histórica de que os direitos sociais, enquanto lei, são frutos das revoluções francesa e americana, ocorridas no final do século XVIII, a partir das quais se produziram constituições claramente embasadas na defesa da preservação da dignidade do ser humano, transformando a relação histórica entre soberano e súdito em um relacionamento entre Estado e cidadão.

Além da constatação de que os direitos fundamentais representam garantias - ou pelo menos a expectativa - de que o cidadão terá algumas necessidades assistidas, pode-se também compreender um direito social como uma garantia dada ao cidadão contra os possíveis abusos de poder do Estado, embora eles representem, de forma semelhante, garantias contra ou a favor dos demais membros que compõem a mesma sociedade. Assim, por exemplo, a ninguém é dado o direito de impedir a livre locomoção de outrem, salvo as hipóteses previstas em lei.



De forma geral, o que se verificou é que nossas Constituições, a partir do advento da Proclamação da República, reservaram ao Poder Judiciário a prerrogativa de zelar pela observância da constitucionalidade das normas e dos atos governamentais, não obstante dever ser registrada a observação de que houveram alternâncias entre regimes mais ou menos democráticos, tendo mesmo ocorrido alguns com tendências autocráticas, nos quais a força do Judiciário se viu restringida.

Importante ainda salientar a comum responsabilidade dos Municípios, Estados, Distrito Federal e União em prestar assistência de saúde à universalidade dos cidadãos; o que inclui o fornecimento de medicamentos, inclusive os de alto custo.

## 1 A EVOLUÇÃO DAS SOCIEDADES NA PERSPECTIVA JURÍDICA

No decorrer da sua história, o ser humano passou gradativamente a perceber que para viver em grupo precisava criar um conjunto de regras comuns, que todos obedecessem. Mas para que o homem chegasse ao Contrato, foram necessários séculos de evolução, especialmente para que se pudesse entender a sua necessidade, e que houvesse a disposição de discutir a origem e os propósitos do governo, além de existir a possibilidade de algum consenso.

Segundo Norberto Bobbio (1998, p. 273), a própria avaliação da condição humana no estado de natureza, por parte dos estudiosos, é contraditória, pois “para Hobbes e Spinoza é de guerra, para outros (Pufendorf, Locke) é de paz, se bem que precária, e, para Rousseau, de felicidade”.

Bobbio cita, em sua obra *Dicionário Político*, a crença dos antigos na existência “de uma mítica idade de ouro” (1998, p. 273), bem como o surgimento do “mito do bom selvagem” (1998, p. 273), após a descoberta da América e os relatos do modo de vida dos “indígenas” locais.

Os contratualistas viam o contrato — o pacto social — como uma necessidade, especialmente a partir dos eventos do uso da linguagem e da instituição da família e da propriedade privada. O filósofo alemão Engels (1884), percebia

[...] na formação da sociedade gentílica da família monogâmica a origem do primeiro antagonismo de classe, como consequência do aparecimento da propriedade privada (e, portanto, da divisão do trabalho), o que levaria à criação do Estado como órgão de repressão em mãos da classe economicamente dominante. Engels *apud* BOBBIO (1998, p. 274).

Thomas Hobbes, mesmo em vida, foi reconhecido como favorável ao absolutismo régio, mas, curiosamente, teve sua obra perseguida exatamente por defender ideias como a do contrato social fundando tanto a sociedade quanto o Estado; o direito de cada súdito a lutar pela própria vida (ainda que contra o soberano) e o de um governante a seu cargo, não por ser ele um vigário de Deus na Terra, mas pelo benefício que este governante proporciona aos cidadãos.

Na obra *Leviatã*, Hobbes descreve suas ideias sobre a natureza humana e sobre a necessidade de sociedades e governos:

No estado natural, enquanto que alguns homens possam ser mais fortes ou mais inteligentes do que outros, nenhum se ergue tão acima dos demais por forma a estar além do medo de que outro homem lhe possa fazer mal. Por isso, cada um de nós tem direito a tudo, e uma vez que todas as coisas são escassas, existe uma constante guerra de todos contra todos (*Bellum omnia omnes*). No entanto, os homens têm um desejo, que é também em interesse próprio, de acabar com a guerra, e por isso formam sociedades entrando num contrato social. (HOBBS, 1983, p. 75)

Para Hobbes, a sociedade necessita de uma autoridade à qual todos os membros devem ceder, o suficiente, da sua liberdade natural, de forma que aquela autoridade possa assegurar a paz interna e a defesa comum. Este soberano, seja ele um monarca ou uma assembleia, deveria ser o *Leviatã*, uma autoridade inquestionável. Thomas Hobbes defendia a ideia segundo a qual os homens só podem viver em paz se concordarem em submeterem-se a um poder absoluto e centralizado.

Para o autor, a Igreja Cristã e o Estado Cristão formavam um mesmo corpo, encabeçado pelo monarca, que teria o direito de interpretar as Escrituras, decidir questões religiosas e presidir o culto. O Estado é o objeto de análise de Hobbes. O elemento formador do Estado é o homem. Hobbes afirma que a convivência dos homens sem um Estado que os tutele acarreta uma igualdade aproximada que leva à "guerra de todos contra todos". Neste estado de natureza todos os homens têm direito a todas as coisas.

A igualdade dos homens no estado de natureza da teoria de Hobbes é a igualdade no medo, pois a vida de todos fica ameaçada. Esta igualdade é na capacidade de um destruir o outro. Nem o mais forte está seguro, pois o mais fraco é livre para usar de todos os artifícios para garantir seus desejos e sua vida.

Jacques Rousseau, ao contrário de Hobbes, que afirmou que "o homem é o lobo do homem", escreveu que o homem, em essência, é bom, e que se o Estado forma o cidadão, a sociedade é quem o corrompe. Como cada cidadão é fonte legítima de poder, o contrato a ser estipulado é feito a partir da vontade geral, gerada pela soma das vontades particulares.

O homem, mesmo tendo abdicado de sua liberdade, espera que o poder público não o prenda. Assim, as leis a serem obedecidas devem ser fruto dessa vontade geral, que por sua vez deve ter como premissa o bem comum. A obediência às normas, desta forma, não seria a submissão a uma vontade particular de um tirano ou de um grupo de governantes, mas simplesmente o cumprimento de acordos que o indivíduo ajudou a elaborar. A autoridade não deveria ser, para Rousseau, a dona do povo, mas sua funcionária. O conjunto de sócios poderia, quando necessário, destituir a autoridade, algo que, na prática, significa o direito à Revolução.

John Locke, em sua obra, afirma que quando alguém fere um direito natural, faz surgir no ofendido outro direito natural, qual seja: o direito de punir o ofensor. Mas o uso da força deve ater-se ao limite do dano causado. Por desconhecer-se este limite é que o direito de punição deve ser transferido para o Estado, renunciando-se à vingança particular para, em acordo comum, estabelecer-se a lei, transferindo ao Estado também o dever de zelar pelos direitos individuais. Da mesma forma que Rousseau, Locke afirma que a autoridade, para ser legítima, deve usar seus poderes para o bem dos cidadãos, mas quando ela os utiliza em benefício próprio, pode sofrer a revolta dos indivíduos contra si.

Na análise de Hobbes, a função do Estado é de garantir a paz civil. Ele está acima dos homens, como beneficiário dos direitos dos cidadãos. Os cidadãos são, para o Estado, súditos. O Estado tem o poder soberano, está acima das leis e acima da Constituição, sendo um poder absoluto e indivisível.

A formação das leis ganhou espaço notável na antiga sociedade grega, onde surgiram os conceitos de filosofia, política, democracia e outros tantos, e onde o poder romano buscou inspiração para compor sua teologia e seu conjunto de leis, que serviu de modelo para o mundo ocidental moderno, do qual são exemplo os códigos legais portugueses e brasileiros, bem como as nossas respectivas constituições nacionais.

Cabe-nos, enquanto pesquisadores, estudar a evolução do conjunto de Leis que regulamentaram a vida em nossa nação e, pela natureza deste trabalho, dar atenção especial àquelas que dizem respeito à proteção dos direitos do cidadão quanto à garantia de fornecimento de medicamentos, necessários à reparação da saúde.

## 1.1 AS REGRAS DA SOCIEDADE

Hobbes, apesar de ser identificado com a história do direito natural, antecipou as tendências do direito positivo do século XIX e, apesar de estas serem correntes antagônicas, atribuiu características jusnaturalistas e juspositivistas às leis naturais e civis de sua teoria hipotética. Para Hobbes não existem dois direitos, mas apenas um: o direito positivo. Contudo, reconhece a lei natural como fundamento do direito positivo, sendo obrigatória a lei natural somente quando em conformidade com a lei positiva.

Tudo, absolutamente tudo, em nosso mundo, submete-se às leis naturais do início e do fim da existência, inclusive o ser humano, que passa por diversas fases em sua vida, em que ocorre um sem número de acontecimentos que podem, ou não, despertar o interesse social e alcançar relevância jurídica.

Todas as condutas humanas podem ser descritas como fatos, ou seja, coisas que acontecem efetivamente, mas nem todas interessam ao Direito. Somente vão ter importância jurídica aqueles fatos que efetivamente produzirem efeitos jurídicos. Se uma pessoa liga um aparelho em uma tomada, este fato, aparentemente, não interessa ao Direito, embora dele possam surgir outros que adquiram importância. Se esta pessoa, por exemplo, não pagar a conta de energia, sua inadimplência torna-se um fato jurídico. Se o aparelho desencadear um incêndio, especialmente se isso causar danos materiais a terceiros, isso também despertará o interesse jurídico.

Existem também os fatos naturais, como a chuva, os terremotos, as tempestades. Estes também podem desencadear fatos jurídicos, como as destruições, as perdas de propriedades, etc. Em muitas situações, o próprio poder público pode ser responsabilizado, como no caso de negligência em limpar os canais pluviais que acabem por causar alagamentos.

O nascimento, por exemplo, embora seja um fato natural, tem inúmeras consequências jurídicas. Assim, entende-se por fato jurídico todo acontecimento que seja relevante para o Direito, seja ele lícito ou não. O que vai definir a licitude é o fato de tal acontecimento, da forma como ocorreu, estar ou não descrito no corpo de Leis estabelecido por cada sociedade.

## 1.2 A SOCIEDADE E A ECONOMIA

É certo que desde o princípio da história da humanidade a função da terra e a sua propriedade foram não somente problemas econômicos, mas também problemas jurídicos e políticos. Sua delimitação, a extração de seus frutos e a forma como seriam distribuídos dependia não somente das vontades individuais, mas também da coletividade ou, em última instância, de decisões governamentais.

A economia inicialmente era parte da ética. Estudava as ações do chefe de família e sua organização. Isso mudou com Adam Smith, em 1776, com o livro Riqueza das nações. Foi uma ruptura. Até esta época a economia era vista tal qual Aristóteles e outros a tratavam, sendo parte da filosofia ética e da política. A visão que se tinha do chefe de família foi estendida ao chefe de governo e o Estado passou a ser visto semelhantemente a uma organização patriarcal.

Ainda hoje a economia parece depender de instituições não econômicas para se fazer possível enquanto ciência. Na visão de Smith, a economia de mercado inverte a situação da economia, que antes estava submersa na ética, e agora passa a determinar as ações da sociedade, com a sociedade dependendo da economia para se reproduzir.

O mercado passa então a ser entendido como um sistema autorregulado onde o que determina a oferta e a demanda das mercadorias não é a necessidade social, mas a expectativa de ganho dos fornecedores. Esta visão ainda encontra críticas, porém, por parte de antropólogos, ecólogos (por causa da troca de matéria e energia dentro do sistema humano) e sociólogos.

Os primeiros problemas econômicos surgiram já na era neolítica, com o início da utilização de ferramentas para a agricultura. No mediterrâneo desenvolveram-se princípios de organizações econômicas: Pelo Egito e pela Mesopotâmia com a exploração maciça da terra; nas cidades fenícias e gregas com o uso da terra, do comércio marítimo e das trocas internacionais e em Roma com a justaposição entre as forças econômicas da terra e do mar.

No século XI, um crescimento demográfico significativo criou a oferta necessária de mão de obra, provocando um aumento de produção que desenvolveu o comércio e as cidades. Surgiu então um comércio internacional de longo alcance, que mobilizou grandes capitais, e a indústria têxtil ganhou nesta época um papel fundamental, com a especialização do trabalho.

A primeira forma de comércio, como vimos, foi o escambo, que era o modo de uma pessoa conseguir alimentos ou coisas das quais necessitasse, entregando aquilo que colhesse ou produzisse, e possuísse em excesso, e recebendo em troca aquilo que desejava. Aos poucos o comércio foi se estabelecendo em diversas regiões do mundo, e as mercadorias passaram a ser trocadas por pedras preciosas, ouro ou prata, valorizados em toda a parte e mais fáceis de carregar.

Os pensadores econômicos do fim da Idade Média entenderam que os grandes estoques de metais preciosos constituíam a própria expressão da riqueza nacional. O comércio Internacional transformou-se, nesse período, em um dos mais poderosos instrumentos da política econômica. A essas práticas atribuiu-se a denominação de mercantilismo, sendo que este se desenvolveu na Europa, entre o século XV e os finais do século XVIII, na tentativa de alcançar uma balança comercial favorável. Partia da crença de que a riqueza de uma nação residia na acumulação de metais preciosos (ouro e prata), com o Estado intervindo na economia, com o protecionismo, por exemplo, ou controlando o consumo interno, melhorando as infraestruturas e promovendo a colonização de novos territórios.

A fase seguinte, o Capitalismo, começou a surgir na passagem da Idade Média para a Idade Moderna, com o renascimento urbano e comercial dos séculos XIII e XIV, quando nasceu na Europa a classe da Burguesia, que buscava o lucro através das atividades comerciais. Junto com a Burguesia, ou mesmo no meio dela, surgiram os cambistas e banqueiros, todos desejando lucro, acúmulo de riquezas, controle dos sistemas de produção e expansão dos negócios, que são as bases do Capitalismo.

Nesta época iniciam-se as grandes navegações e as descobertas de novas terras e riquezas, proporcionando lucros com o uso de mão de obra assalariada e

marcando esta fase pelo uso da moeda em substituição ao sistema de trocas, as relações bancárias e pelo aumento do poder da burguesia e das desigualdades sociais.

No século XVIII iniciou-se na Inglaterra e, posteriormente, na Europa toda, a Revolução Industrial, modificando os sistemas de produção, colocando as máquinas para substituir as pessoas. O desemprego generalizou-se, o meio-ambiente foi depredado e contaminado, os salários diminuíram, as condições e relações de trabalho continuaram péssimas, com o lucro indo apenas para o empresário, fazendo com que o Capitalismo fosse espalhado também pela América, Ásia e África, principalmente nas mãos dos exploradores, que continuavam a prática de saquear as riquezas.

O início do século XX foi marcado pelas grandes corporações financeiras, o sistema bancário e o mercado globalizado. O lucro e o capital em circulação passa pelo sistema financeiro, que termina ficando com grande parte do lucro.

O inglês John Maynard Keynes, que estudou os mais graves problemas do sistema capitalista e promoveu o que se chama hoje de Teoria Keynesiana, deu nova vida às ciências econômicas, substituindo as velhas peças da economia clássica por uma nova dinâmica de raciocínio, e sua análise econômica restabeleceu o necessário contato com a realidade. Keynes verificou que o Estado deveria participar da atividade econômica, procurando compensar o declínio dos investimentos privados nos períodos depressivos das crises econômicas. Os investimentos suplementares do Estado impulsionariam a recuperação econômica e garantiriam o reequilíbrio da atividade.

As ideias do liberalismo econômico surgiram no século XVIII para combater o mercantilismo, que já não atendia às necessidades do capitalismo. O fundamento da teoria liberal é a emancipação da economia de qualquer dogma externo a ela mesma, baseado em compreender o ser humano dotado de um impulso de crescimento e desenvolvimento econômico, que poderia ser entendido como ambição ou ganância individual, que no contexto macro traria benefícios para toda a sociedade, gerando evolução.

Para os liberais a riqueza provém do trabalho, e o comércio somente distribui o produto. É o trabalho então, e não a terra, a fonte de toda riqueza. O liberalismo econômico defendia (e ainda defende) a livre concorrência e a autorregulação dos mercados, pela lei da oferta e da procura.



### 1.3 A SOCIEDADE E AS LEIS

À medida que as sociedades foram evoluindo, parece natural que os problemas internos fossem solucionados, quando necessário, por um árbitro, uma pessoa que, preferencialmente, não estivesse envolvida nos conflitos. O nível de liberdade de que dispunham tais juízes, no entanto, conduziu a que os governos estipulassem limites para os julgamentos, transformando costumes de um povo em normas para decidirem as disputas, e algumas nações registraram suas leis.

Os conjuntos de leis mais antigos que foram preservados até os tempos atuais são os Códigos Babilônicos, como o de Ur-Nammu, de 2040 AC, ou o mais famoso deles, o Código de Hamurabi, do século de XVIII AC, anterior à Bíblia.

A lei escrita, que para os judeus tinha uma origem divina, e que Hamurabi considerava como inspiradas por uma inteligência superior, porque os dirigentes mesopotâmicos julgavam-se protegidos pelos deuses, ganhou com os gregos status de fundamento de sociedade política e era considerada essencial para impedir a tirania dos governantes ou o excesso nas vinganças particulares.

O principal, para os gregos, era formar bons cidadãos, e as leis gregas tinham o propósito de restabelecer o equilíbrio nas relações. O posterior desenvolvimento da filosofia, especialmente com os sofistas, que defendiam uma classe de direitos naturais, independentes de normas, permitiu um avanço social efetivo, passando as penas a cumprirem um papel não de vingança pelo mal sofrido, mas de apoio para o controle da sociedade, como medida de prevenção ao contágio.

Os gregos não nos legaram, no entanto, uma obra substancial que registrasse as leis, com exceção talvez dos escritos aristotélicos e platônicos e das epopeias, especialmente de Homero, que frequentemente discorriam sobre os costumes, as leis e as punições para quem as descumprissem. O jurista carioca Paulo Dourado de Gusmão (1983, p. 307), que se dedicou largamente ao tema da história do Direito, afirma que

As leis gregas, a partir do século VI a.C., diferenciavam-se das demais leis da Antiguidade por serem democraticamente estabelecidas. Não eram decretadas pelos governantes, mas estabelecidas livremente pelo povo na Assembleia. Resultavam, pois, da vontade popular. [...] Lançaram as bases da Democracia. Devemos a eles o princípio do

primado da lei, incorporado à Cultura Ocidental. A justiça, pode-se dizer, era a meta do direito grego, confundida sempre com o bem da polis.

Nossa nação já surgiu submetida a um conjunto de leis, no caso, de origem portuguesa, país de onde vieram os primeiros colonizadores e exploradores, juntamente com alguns degredados, algo que, de certa forma, indica que o alcance da lei era bastante simbólico, dadas a distância do centro administrativo do Reino e o evidente número insuficiente de autoridades capazes de cobrir todo o território.

A partir de sua Independência, nosso país passou a gerar e gerir suas próprias Constituições, algumas de cunho autoritário e outras de natureza democrática, tal com a atual CF de 1988. O pressuposto de que parte este trabalho é o de que o país, de modo geral, possui leis razoavelmente atualizadas e completas para dirimir as questões referentes aos direitos do consumidor quanto à garantia de recebimento de assistência à saúde, com o conseqüente recebimento dos medicamentos necessários ao seu tratamento, inclusive aqueles considerados de alto custo, o que é o alvo do presente estudo e, para comprovar este pressuposto, a pesquisa pretende constatar se a utilização do corpo de Leis estabelecido tem sido suficiente para resolver as questões satisfatoriamente.

Paralelamente a isso, se investiga o papel social reparador do Poder Judiciário e sua aparente superioridade em relação aos demais poderes, a partir da constatação de que ele pode determinar tanto o cumprimento dos preceitos constitucionais como declarar a sua nulidade.

A bibliografia utilizada nesta pesquisa abrange alguns trabalhos acadêmicos, como os livros *“Controle judicial das omissões do poder público”*, *“Ativismo Judicial”* e *“A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível”*, do Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior, e *“As restrições em torno da reserva do possível - uma análise crítica; direito constitucional”*, de Alinie da Matta Moreira”, e ainda o livro *“Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais”*, de Marcelo N. Camargo, bem com as demais referências citadas ao final deste trabalho. Além destes, alguns trabalhos acadêmicos recentes discorrem sobre o tema, e serviram aos propósitos deste estudo, que utilizou também como bibliografia algumas obras consagradas de autores como Hobbes e Comte, que se dedicaram ao tema da vida em sociedade.

## 2. OS DIREITOS SOCIAIS E AS CONSTITUIÇÕES

Émile Durkheim, francês que foi o primeiro sociólogo, afirmava que a Sociologia surgiu como resposta a questões que a história não respondeu, e a definiu como um conjunto de conceitos e métodos de investigação para poder explicar a vida social.

Para o autor, muitos fatos sociais têm a característica de serem coercitivos, ou seja: impõem sanções a quem os desrespeita, explicitadas geralmente no corpo de Leis de cada sociedade, mas também podem exercer coerção sutil, como uma reprovação social em virtude de algum comportamento excêntrico ou pelo uso de vestimentas que não condizem com os costumes locais ou religiosos, por exemplo.

Para Émile, a estrutura política de um povo nada mais é do que a maneira como cada segmento que compõe a sociedade habituou-se a viver uns com os outros, segundo a tradição local. Nas palavras de Durkheim (2003, p.40),

Fato social é toda a maneira de fazer, fixada ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior: ou então, que é geral no âmbito de uma dada sociedade tendo, ao mesmo tempo, uma existência própria, independente das suas manifestações individuais.

A constatação de que os avanços apontados nas constituições de diversos países, que passaram a ter cunho democrático, têm relação direta com as revoluções francesa e americana, conduz à reflexão acerca da dúvida comum entre a hipótese de as normas terem modificado as condutas sociais ou o seu contrário: as condutas sociais terem sido sedimentadas nas cartas constitucionais.

O fato é que, paulatinamente, os povos e seus governos passaram a incorporar novos direitos sociais, em uma sequência que pode ser, ainda que imprecisamente, razoavelmente delimitada.

Em 1979, na cidade francesa de Estraburgo, durante a aula inaugural do Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, o jurista tcheco Karel VASAK, procurando demonstrar a evolução dos direitos humanos, classificou, ineditamente, tais direitos em gerações distintas, associando-os aos ideais da revolução, presente na bandeira francesa, de liberdade, igualdade e fraternidade.

Segundo informa o Juiz Federal George Marmelstein Lima, relatando palestra proferida por Antônio Augusto Cançado Trindade<sup>1</sup>, em maio de 2000, em Brasília, o próprio VASAK dava pouca importância ao fato, atribuindo o desenvolvimento da ideia à falta de tempo para preparar melhor discurso. Inobstante isso, a ideia transformou-se em teoria, tendo alcançado fama mundial através da análise realizada pelo jurista Norberto Bobbio, em sua obra “*A era dos direitos*”.

Conforme exposto na introdução deste trabalho, os direitos de primeira geração, entre os quais os direitos civis, políticos, religiosos, comerciais e de expressão, são associados ao ideal de liberdade e considerados como sendo direitos negativos, o que significa, para o Estado, obrigação de não agir. São, via de regra, direitos individuais, e sua implantação nas Constituições é relacionada ao Estado Liberal.

O Estado Liberal é considerado como sendo fruto do desenvolvimento do Estado Moderno e das transformações das sociedades em função da modernização das formas de produzir e comercializar, que geraram a Revolução Industrial e o Capitalismo. O que se constata, a partir da análise dos fatos históricos, é que o Capitalismo, uma vez reinante, provocou ondas de reclamações populares por conta da opressão sofrida pelas classes menos favorecidas. Aos olhos do povo, o Liberalismo consistia em permitir que o detentor do Capital atuasse livremente, visando unicamente ao acréscimo de seu próprio poder econômico.

Os direitos fundamentais de segunda geração são claramente direitos sociais, no sentido de que dizem respeito não apenas à individualidade, mas ao coletivo, e incluem ainda os direitos econômicos e os culturais, sendo relacionados aos ideais de igualdade, representando para o cidadão o direito de exigir uma prestação do Estado. Estão inclusos neste rol os direitos a saúde, a educação, o trabalho, a assistência social e, mais modernamente, o lazer. Sua inclusão entre as normas constitucionais está associada à forma política do Estado social ou Estado democrático e social, resultantes dos compromissos firmados entre as classes trabalhadoras e os detentores do capital.

---

<sup>1</sup> Marmelstein, George. Críticas à teoria das gerações ou mesmo dimensões dos direitos fundamentais. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/4666/criticas-a-teoria-das-geracoes-ou-mesmo-dimensoes-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em 27 Mai 2014.

Os direitos de terceira geração estão igualmente relacionados aos tipos de Estado acima, e foram associados à ideia de fraternidade e solidariedade, sendo direitos, e por vezes deveres, não apenas de uma comunidade ou mesmo do conjunto total dos cidadãos do país, mas de toda a humanidade, entre os quais os direitos a um meio ambiente saudável ou à paz, que pressupõem igualmente a obrigação de conservação do meio ambiente e de manutenção da paz.

Por fim, alguns autores mencionam ainda os direitos fundamentais de quarta geração, que teriam surgido concomitantemente com o evento da globalização e estão relacionados à democracia, à informação e ao pluralismo.

Há que se ponderar, porém, que o termo “gerações” pode suscitar interpretações que considerem uma necessária sucessão linear em suas implantações, ou mesmo que uma geração devesse suplantar aquela que a antecedeu, ou ainda que uma série de avanços somente poderia ter lugar quando o grupo anterior estivesse suficientemente sedimentado nas relações sociais, teoria que justifica, por exemplo, a dificuldade da perfeita implantação das regras relacionadas à preservação do meio ambiente.

Nas diversas literaturas abordadas para os fins deste trabalho, percebeu-se a comum utilização dos termos “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, significando ambos o mesmo conjunto de normas. Daí a importância da clarificação proposta pelo professor Dr. Ingo Sarlet (2008, p.35):

Em que pese sejam ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Cabe ainda recordar que o direito à saúde, e conseqüentemente ao recebimento de medicamentos de alto custo, objeto deste trabalho, está incluso entre os direitos de segunda geração, sendo, portanto, um direito a exigir prestação efetiva do Estado.

## 2.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NAS CONSTITUIÇÕES

O ideal francês de liberdade, igualdade e fraternidade passou, a partir do final da década de setenta do século passado, a servir de parâmetro para a distinção hodierna entre direitos de primeira, segunda e terceira gerações, embora haja quem defenda uma quarta geração, pertinente à globalização política. Por este viés, os direitos de primeira geração dizem respeito aos ideais de liberdade, e são repressores do poder do Estado, significando, para este, limitação ao seu poder de atuação.

Os direitos fundamentais de segunda geração, por sua vez, são relacionados ao ideal de igualdade, e dizem respeito ao dever de agir do Estado, de forma a garantir que todos os cidadãos tenham as mesmas oportunidades de ascensão ou manutenção de sua condição de vida, e incluem a saúde, a educação, o trabalho, a assistência social e, mais modernamente, o lazer.

Os direitos de terceira geração são associados à ideia de fraternidade, ou, como mais comumente percebido, de solidariedade, e abrangem direitos e deveres coletivos, entre os quais o direito a um meio ambiente saudável. Como se verá adiante, a divisão em gerações significa não apenas agrupamento por afinidades, mas também temporal.

Focando o olhar sobre as Constituições que regeram a vida em nosso país, talvez fosse preciso avaliar as transformações pelas quais passou a própria forma de governo, desde o Brasil colônia, passando por ser sede do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, tendo deixado de ser sede entre 21 de abril de 1821 e 7 de setembro de 1822, quando então D. Pedro I proclamou a independência e instaurou o Império do Brasil, que duraria 69 anos, para então tornar-se os Estados Unidos do Brasil, tendo esta denominação permanecido até o ano de 1969, quando assumiu o nome de República Federativa do Brasil.

Considerando-se, no entanto, que a concepção moderna de que os direitos fundamentais do ser humano surgiram a partir das citadas revoluções, é válida a focalização dos estudos referentes ao tema proposto a partir da constatação de sua inclusão em nosso Direito pátrio, ou seja: nas Constituições aqui produzidas, nas quais

se denota a influência dos textos constitucionais da França e dos Estados Unidos da América, desde a Carta Magna de 1824, outorgada por D. Pedro I.

Evidentemente, há que se considerarem os aspectos históricos e ideológicos envolvidos na concepção de cada texto constitucional, sem os quais as conclusões lógicas da análise dos mesmos poderiam resultar em interpretações bastante distantes dos propósitos com que foram inseridas as cláusulas referentes aos direitos sociais, ou qualquer das cláusulas constitucionais. Há nos textos, logicamente, aspectos que são realmente constituintes, ou seja: são reflexo ou dos costumes de determinado povo ou da intenção do grupo político dominante, ao passo que subsistem, na maioria das cartas, cláusulas que foram tornadas constitucionais apenas para atender interesses particulares.

Atendo-se aos propósitos deste trabalho, se observa na Constituição Imperial de 1824, especialmente em seu Artigo 179, a previsão de garantia ao cidadão quanto à liberdade, segurança, propriedade, saúde, educação e igualdade.

No quesito saúde, porém, a referência seguia os costumes portugueses, e o Inciso XXXI limitava-se a afirmar que “a Constituição também garante os socorros públicos”. Apenas em 1834, dez anos após a outorgação, portanto, é que um Ato Adicional atribuiu às Assembleias Legislativas a competência para legislar sobre as casas de socorro público, sendo que o Montepio Geral dos Servidores do Estado surgiu em 1835, como uma espécie de associação em que todos contribuíam para garantir assistência médica ou hospitalar aos associados, não se percebendo nenhuma participação governamental no processo.

Nossa primeira Constituição republicana, promulgada em 1891, absteve-se de relacionar a saúde entre os direitos do cidadão, ao passo que a segunda, surgida em 1934, delineou algumas formas de proteção social, restritas, porém ao trabalhador, conforme se observa em seu Artigo 121, especialmente na alínea h, do § 1º, que previa que a legislação do trabalho deveria observar, entre outros, os preceitos da

assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a este descanso, antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte.

A carta de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, que estabeleceu o Estado Novo, reconhecido historicamente como um período de regime ditatorial, foi omissa em questões relativas à saúde, ao passo em que a seguinte, de 1946, firmou, em seu Artigo 157, os preceitos que deveriam ser seguidos pela previdência social, entre os quais, no Inciso XIV, a “assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante”, bem como, no Inciso XVI, a “previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte”;

A Constituição de 1946 restabeleceu os direitos fundamentais à liberdade, privacidade e, em consequência, o Estado democrático de Direito. No tocante ao direito fundamental à saúde, o Art. 164 tornou obrigatória, “em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência”, embora não deixasse claro a quem caberia prestar tal assistência.

A revolução de 1964 marcou o campo jurídico nacional pela edição dos Atos Institucionais, que modificaram, cada um a seu tempo, as normas constitucionais e os efeitos delas decorrentes, paulatinamente limitando os direitos fundamentais individuais e coletivos, seja cassando mandatos políticos, destituindo funcionários ou aposentando ministros do STF. Ainda assim, a revolução militar gerou uma Carta Constitucional, promulgada em 1967, que preservava, ao menos no texto, os direitos à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, não obstante tenha restringido alguns aspectos da liberdade, como o da livre manifestação do pensamento - com a criação da censura -, o da associação ou reunião, bem como sujeitou a propriedade rural à desapropriação e, no campo da previdência social, reduziu a idade mínima para o trabalho para 12 anos, ampliou as regras de aposentadoria, mas limitou-se a informar, em seu Art. 167, § 4º, que a lei deveria instituir a assistência à maternidade, à infância e à adolescência.



Após 21 anos de ditadura militar, a Emenda Constitucional 26 permitiu a convocação da Assembleia Nacional Constituinte, que produziu a atual Constituição, promulgada em 1988, dando ênfase aos direitos e garantias fundamentais, tratada em seu Título II, antes mesmo de tratar da organização do Estado, embora tenha tratado daqueles direitos em outras partes ao longo de seu texto.

A Constituição de 1988 firma o direito à saúde como sendo fundamental a todos os cidadãos, objetivando a redução das desigualdades. Seu Art. 6º registra, *ipsis litteris*: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Por fim, a CF trata diretamente do direito à saúde em seu Art. 196, que determina que “[...] o direito à saúde é um direito de todos e um dever do Estado”.

Isso implica dizer que a obrigação de garantia do acesso universal de todos os cidadãos às atividades relacionadas à promoção, proteção e recuperação da saúde cabem a todas as instâncias federativas, que compreende, segundo a própria CF, em seu Art. 18, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, sendo este um dever solidário entre os mesmos e constituindo cada um deles como pólo passivo legítimo, em caso de descumprimento das obrigações legais relacionadas à saúde.

Mas, para que o cidadão possa cobrar do Estado uma ação que ele mesmo previu, será preciso utilizar-se dos próprios instrumentos deste Estado, algo que parece contraditório. Cabe observar, então, que existe certo consenso doutrinário acerca da afirmação registrada no Artigo 16 da Declaração de direitos do homem e do cidadão, de 1789, de que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. Tal observação nos conduz ao estudo da separação dos poderes, e de como ela se deu em nossa pátria, o que se dará em capítulo próprio deste trabalho.

## 2.2 A FORMAÇÃO POLÍTICA DA REPÚBLICA BRASILEIRA

O Positivismo toma ares de corrente de pensamento no início do século XIX, pela divulgação das ideias de Auguste Comte, pensador francês que pregava ser a ciência superior à metafísica e à religião e afirmava que todo saber do mundo físico provém da observação de fenômenos reais (positivos) e que estes devem ser o objeto de toda investigação de conhecimento. Comte desejava formular uma "física social" que desse conta da instabilidade gerada nas relações de produção e de governança.

“Reorganizar a sociedade” foi o primeiro ensaio de Comte. Nele, o autor afirma que a construção do futuro exigia gente qualificada e preparada para implantar um novo regime dominado pelo Estado Positivo, uma terceira via entre o liberalismo e conservadorismo. Ele idealizava um "estado social definitivo". Analisando o passado, diagnosticou uma sociedade em crise, carente de uma teoria social que apreendesse as lições necessárias da história, proporcionando o progresso e conduzindo ao estágio positivo da sociedade. Da análise do passado, Comte argumenta que tanto a opinião dos reis como a opinião dos povos, no sentido de reorganizar a sociedade, fracassaram, especialmente por conceberem uma ideia falsa da natureza real do trabalho, havendo então a necessidade da elaboração de um novo método.

Para o autor, as sociedades falharam na elaboração de todas as constituições, chegando ao absurdo de produzirem-se, à época da Revolução Francesa, dez novas cartas em trinta anos. Para Comte, um plano de organização social deve conter duas séries de trabalhos distintos: uma teórica ou espiritual, organizando as ideias mestras, e outra prática ou temporal, que define como se reparte o poder e quais as instituições administrativas necessárias.

Qualquer sistema social, segundo o autor, tem por objetivo dirigir todas as forças particulares para um fim específico, ou não será uma sociedade. E ele aponta apenas duas finalidades: a conquista belicosa ou a produção. O antigo sistema tinha finalidade militar, enquanto o novo privilegiava a industrialização, mas não houve nenhuma proclamação desta finalidade, o que significava a continuidade do sistema, apenas havendo uma constante sucessão de pequenas alterações.

Para ele, nada pode ser feito de essencial e sólido no campo prático enquanto a parte teórica não estiver concluída. No entanto, tal empreitada, historicamente realizada por legistas, deve ser destinada aos sábios, que se ocupam das ciências de observação e não, como aqueles, da arte da retórica. Elegem-se as pessoas erradas, ainda que, historicamente, cada legislador tenha procurado fazer o que lhe competisse, mas era o momento de superar esta fase e abandonar esta tradição. Somente os sábios possuiriam a capacidade e a autoridade teórica para direcionar os povos.

Ao comentar o isolamento das nações europeias, Comte parece vislumbrar já uma necessidade ou tendência de agrupamento em um único bloco, com vistas a elaborar soluções europeias para o continente. Tal união deveria conformar-se sob um mesmo regime de poder temporal, diferentemente do sistema antigo, que unificava a Europa apenas através do poder espiritual, e apesar de os reis procurarem combinar seus esforços, os povos historicamente insistiam no isolamento. O amadurecimento das ciências, com a positivação dos fenômenos, como os astrológicos, os físicos, os químicos e os fisiológicos, cujas teorias haviam ganho força de lei, permitia que, finalmente, a política amadurecesse suficientemente, a ponto de ser ela também positivada.

Auguste Comte é considerado um dos maiores nomes do Positivismo, tendo influenciado o modo de pensar de muitos líderes e, por consequência, de povos do mundo. Durante o Império do Brasil, por exemplo, era comum que as famílias ricas enviassem filhos para estudar na Europa. Assim, muitos brasileiros foram influenciados por esta corrente de pensamento e, inclusive, muitos foram alunos do próprio Auguste. Então, por volta de 1850, o Positivismo chegou ao Brasil, inicialmente na Escola Militar, depois no Colégio Pedro II, ambos na então capital, Rio de Janeiro, logo se espalhando por outras escolas e gerando, em 1876, a Sociedade Positivista Brasileira.

Na época, a única reflexão filosófica possível por aqui era a doutrina católica, à qual o Positivismo veio contrapor-se. Muitos líderes positivistas brasileiros buscavam nas obras de Comte as bases teóricas para a República, inclusive o professor Benjamin Constant que, no entanto, estava limitado a ensinar o positivismo aos poucos que estudavam nas escolas militares onde lecionava.

Em 15 de Novembro de 1889, os positivistas brasileiros implantaram um regime republicano, idealmente fundamentado na razão e na ciência positivista, tendo inclusive adaptado o lema de comteano "O Amor por princípio e a Ordem por base; o Progresso por fim", eternizando-o, embora reduzido, na bandeira nacional. No Brasil, a despeito do ensinamento de Comte e da clara vocação positivista da nação, durante muito tempo perdurou a característica de sermos uma república de bacharéis, com governantes invariavelmente formados nas escolas de Direito, ou seja: legistas.

Mas a República, uma vez instaurada, separou a Igreja e o Estado, estabeleceu o casamento civil, admitiu as liberdades religiosa e profissional e determinou o fim do anonimato na imprensa e a reforma educacional. O gaúcho Júlio de Castilhos, recusando governar o Estado, elegeu-se deputado, para auxiliar na elaboração da Constituição da República e, em 1891, torna-se Presidente do Estado, redigindo a Constituição Estadual, totalmente autoritária, condizente com a ideia de criar uma ditadura republicana comteana.

Esta linha de pensamento manteve o poder, no RS, por quase quarenta anos, indo de Castilhos a Vargas, em 1928. Do Rio Grande do Sul, Vargas saiu para governar o país, onde tentou implantar a mesma linha positivista. É com esta fixação que ele decretou o Estado Novo, em 1937, na crença de que um líder forte e moralmente responsável poderia proporcionar ao país maior bem-estar social e progresso.

Na esteira do ensinamento da doutrina positivista nas escolas militares, observamos a sucessão de revoltas tenentistas no início do século XX e, ao cabo, o regime militar de 1964/85. É como se os ensinamentos filosóficos comteanos gerassem nas mentes a ideia de que, uma vez compreendida a intenção de construir uma sociedade mais perfeita, cada estudante embasava-se das condições de ser, ele próprio, capaz então de conduzir o seu país ao rumo ideal. Tais intervenções, independentemente do resultado que obtiveram, estavam também embasadas na ideia de que para gerar uma sociedade justa, talvez fosse preciso implantar, inicialmente, uma ordem severa, mesmo que ditatorial, algo que se assemelha, em muito, embora soe como contrassenso, à ideia de ditadura do proletariado, fase inicial e necessária, segundo Karl Marx, para a implantação do Comunismo.

### 2.3 O NEOCONSTITUCIONALISMO

Constitucionalismo, nos dicionários, tem o significado de doutrina segundo a qual a vida em um país deve ser dirigida por uma constituição. Do ponto de vista histórico, constitucionalismo representa o movimento que originou o fim do Absolutismo, com o objetivo precípua de limitar o poder dos governantes.

Sua delimitação temporal marca seu início simultâneo às revoluções francesa e americana, após o que se percebe, nas diversas constituições surgidas, a crescente valorização do ser humano, ao qual foram paulatinamente sendo garantidas algumas séries de direitos. De forma ampla, porém, o constitucionalismo existe desde a formação das sociedades primitivas, latente inclusive nos acordos firmados entre os membros das primeiras comunidades.

Destarte, pode-se considerar também como parte do constitucionalismo a edição da Carta Magna Inglesa, outorgada pelo Rei João Sem Terra, na qual se previam alguns direitos comuns a todos e que permanecem até os dias atuais. De forma explícita, porém, a marca inicial da sedimentação do movimento se dá com as edições das constituições americana, em 1787, e Francesa, em 1791, ano em que algumas emendas importantes foram feitas à primeira.

O constitucionalismo, no entanto, não se destinava a dotar os países de uma Carta Magna, mas a garantir que as mesmas previssem alguma forma de repartição do poder e que assegurassem alguns direitos, que passaram a ser conhecidos como fundamentais. Neste sentido, assevera o Juiz Federal Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior (2008, p.4-5):

O constitucionalismo, portanto, deve ser visto como uma aspiração de uma Constituição escrita, que asseguraria a separação de Poderes e os direitos fundamentais, como modo de se opor ao poder absoluto, próprio da primeira forma de Estado.

Podem-se distinguir algumas fases do movimento, que inicialmente associava-se ao Liberalismo, doutrina que pregava a não intervenção do Estado em questões de cunho econômico, mas que daquele se afastou, notadamente após o término da primeira guerra mundial, por influência de correntes socialistas e cristãs, que forçaram a

inclusão, nas mais diversas constituições, de cláusulas econômicas e sociais, gerando Estados mais voltados ao plano social.

Durante o período entre guerras se percebia, ainda, a predominância de um tipo de Estado de Direito baseado fortemente na lei positivada. Em meados do século XX, segundo Cunha Júnior (2008, p.9),

se originou, na Europa, um novo pensamento constitucional, voltado a reconhecer a importância material e axiológica da Constituição, cujo conteúdo, dotado de força normativa e expansiva, passou a condicionar a validade e a compreensão de todo o Direito e a estabelecer deveres de atuação para os órgãos de direção política.

A leitura que se costuma fazer das transformações ocorridas no âmbito de cada país, em suas Constituições, no período pós segunda guerra mundial, aponta para este novo movimento que, entre outras coisas, constitucionalizava o Direito - decorrendo daí a terminologia neoconstitucionalismo -, e marcando também o surgimento do Estado Constitucional de Direito.

O Procurador Regional da República do Estado do Rio de Janeiro, Prof. Dr. Daniel Sarmiento (2009, p.123), demonstra a relevância que passa a ter o Poder Judiciário como garantidor da aplicabilidade e do respeito à Constituição:

Até 1988, a lei valia muito mais do que a Constituição no tráfico jurídico, e, no Direito Público, o decreto e a portaria ainda valiam mais que a lei. O Poder Judiciário não desempenhava um papel político tão importante, e não tinha o mesmo nível de independência que passou a gozar posteriormente. As constituições eram pródigas na consagração de direitos, mas estes dependiam quase exclusivamente da boa vontade dos governantes de plantão para saírem do papel – o que normalmente não ocorria. Em contextos de crise, as fórmulas constitucionais não eram seguidas, e os quartéis arbitravam boa parte dos conflitos políticos ou institucionais que eclodiam no país.

Isso não significa que a lei ou a legalidade deixassem de ter valor, mas que a Constituição passou derradeiramente a ser considerada como norma suprema, que validaria (ou não) as demais normas. As Cartas passaram a conter valores como o da dignidade da pessoa humana e do bem estar social, bem como passaram a elencar direitos fundamentais. Assim, a Constituição tudo dirige, inclusive as regras para sua alteração – ou define o que de forma alguma pode ser alterado –, a ordem jurídica, a política e a execução das tarefas próprias do governo, além é claro, das normas a que se sujeitam todos os componentes de uma nação.

### 3. O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS SOCIAIS DE SAÚDE

*Antes que o homem aqui chegasse,  
as terras brasileiras  
eram habitadas e amadas  
por mais de três milhões de índios,  
proprietários felizes  
da Terra Brasilis*

*Baby do Brasil*

A história do Brasil costuma ser contada a partir da chegada do “homem branco”, portugueses que, conforme os livros registram, procuravam um novo caminho para as Índias, donde chamarem os povos que viviam nas selvas locais – os selvagens – de índios. Mas apenas três décadas após o “descobrimento” é que eles passaram a se agrupar em vilas ou pequenas comunidades, e somente em 1549 o Rei D. João III determinou a construção de uma cidade para ser Capital, de onde o Governador Geral Tomé de Souza deveria comandar a colônia.

Após construir a cidade do Salvador, Tomé de Souza deveria viajar pelas terras brasileiras, levando aos donatários das Capitânicas as regras estabelecidas pelo Rei, entre as quais um Regimento em que D. João III estabeleceu, após aprovação da Corte e do seu Conselho, as atribuições de Tomé, que poderia intervir na Fazenda, na milícia e na Justiça, embora a fiscalização coubesse ao Provedor-Mor.

Por aquela época, as festas religiosas eram o ponto máximo da convivência em diversas sociedades, entre elas as do Reino de Portugal e do Brasil Colônia, embora a religião, em nosso país, inicialmente tenha sido relegada a segundo plano, servindo mais aos interesses de pacificação do que a quaisquer outros. Os conjuntos de Ordenações portuguesas, que vigoravam também nas colônias, previam procissões anuais a que o povo estava obrigado a comparecer, sob supervisão da Igreja Católica.

As festas e procissões religiosas tornaram-se motivo de entrelaçamento dos povos, e ainda que esses encontros servissem para incorporação das normas e regras da sociedade, algumas transgressões eram permitidas durante os eventos, para que

servissem como válvula de escape, visando a que a vida transcorresse em mais calma durante os demais dias do ano.

Assim, nos dias determinados pela igreja em honra ao santo padroeiro, a comunidade se reunia em festa, havendo oportunidade para as manifestações sociais, políticas e religiosas. Era o momento de a autoridade governamental conceder favores, demonstrar intimidade com o povo e transmitir normas e regras. Por outro lado, também era a oportunidade para o povo, reunido, fazer suas queixas e apresentar seus pedidos aos céus e aos governos.

A história registra que a primeira legislação incidente sobre o povo brasileiro foi o conjunto das Ordenações Afonsinas, outorgado pelo Rei D. Afonso V, em 1446, que incluía o Direito Canônico, o Direito Civil, os Direitos Régios e sua cobrança, a jurisdição dos donatários, as prerrogativas da nobreza, e ainda uma legislação especial para Judeus e Mouros. Este conjunto de Leis vigorou até o ano de 1521, quando entraram em vigor as Ordenações Manuelinas, outorgadas pelo rei Dom Manuel I.

Em 1578, com a morte do Rei Dom Sebastião em uma guerra, o Cardeal Dom Henrique assumiu o governo do Reino por dois anos, após o que, sem haver quem sucedesse o Rei, Dom Felipe II da Espanha, filho de Carlos V, Regente do Império Romano Germânico, e de Isabel, filha de Dom Manuel I, passou a governar também Portugal, tornando-se o Rei Dom Felipe I, assumindo inclusive o domínio sobre as colônias portuguesas na África e na América, sendo sucedido por Felipe II e Felipe III.

Em 1603, já sob o reinado de Felipe II, surgiram as Ordenações Filipinas, nova compilação de Leis, que continuaram a ter validade em nosso território até 1916, quando surgiu o Código Civil. Leis, enfim, existiram desde o princípio da formação de nosso país. O que se percebe, porém, é que persiste o desafio histórico para a correta aplicabilidade das mesmas, até mesmo por desconhecimento das leis. Durante toda a duração do Brasil Colônia, por exemplo, não houve em nosso país nenhum curso secundarista nem universitário, sendo mesmo proibida a imprensa em nosso território.

Foi somente após o advento da fuga da família real portuguesa para o Brasil, em 1808, que passamos a imprimir nossos próprios escritos, e que então foram fundadas instituições de ensino técnico e universitário, nos estados do Rio de Janeiro e da Bahia, mas apenas após a independência é que recebemos nossa primeira Constituição.



### 3.1 A CONSTITUIÇÃO DE 1824

Nossa primeira Constituição pátria foi gestada mesmo antes da Proclamação da Independência, e materializada pela edição do Decreto nº 57, de 19 de junho de 1822, assinado pelo então ministro e secretário de Estado dos Negócios do Império e Estrangeiros José Bonifácio de Andrada e Silva. O Decreto estabeleceu as regras para a eleição dos deputados, que deveriam ser brasileiros ou naturais de qualquer outro local sob a regência portuguesa.

Em maio de 1823, já instaurado o Império do Brasil, o Imperador D. Pedro I presidiu a solenidade que deu início aos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, que apresentou o projeto da primeira Carta três meses depois, mas que acabou dissolvida em novembro seguinte, sendo a função colocada sob a responsabilidade do Conselho de Estado, criado pelo Imperador. O Conselho apresentou o projeto da Constituição em dezembro de 1823, e em 23 de março de 1824, D. Pedro I outorgou-nos nossa primeira Carta, com 179 artigos.

Com a Carta nasceu, em nosso país, o sistema bicameral, que permanece até os dias atuais, havendo trabalhos específicos para os deputados e para os senadores, embora houvesse também previsão de trabalhos conjuntos. A novidade que mais chamou atenção, porém, foi a instituição do Quarto Poder, denominado de Moderador, cabendo ao Imperador nomear um terço dos senadores, sancionar os decretos da Assembléia Geral e prorrogá-la ao adiá-la, convocar a Assembléia Geral Extraordinária nos intervalos das sessões, dissolver a Câmara dos Deputados, nomear e demitir ministros, suspender magistrados, perdoar ou moderar penas e conceder anistias. Também era função régia atuar em casos de divergência entre os demais poderes instituídos, inclusive quanto à interpretação e aplicabilidade da lei.

Embora não coubesse ao Judiciário o controle de constitucionalidade, ele detinha certa independência, e os juízes, a princípio, tinham garantida a vitaliciedade nos cargos, tal como os senadores. No quesito saúde, alvo deste estudo, a única previsão encontrada naquela Constituição Imperial está no inciso XXXI do artigo 179, que afirmava que “a Constituição também garante os socorros públicos”.

### 3.2 A CONSTITUIÇÃO DE 1891

Em 15 de novembro de 1889 um grupo de descontentes depôs o Imperador D. Pedro II, proclamou a República como forma de governo para nosso país e transformou as províncias imperiais nos Estados Unidos do Brasil. Cada Estado deveria criar sua própria Constituição e eleger seus governantes, embora todos devessem submeter-se ao poder central e observar a forma republicana.

O primeiro governo provisório incumbiu uma comissão de notáveis de elaborar a nova Constituição Federal, mas o projeto não foi utilizado, especialmente porque o grande jurista Ruy Barbosa juntou-se à Comissão e elaborou, ele mesmo, novo texto, inspirado nos Estados Unidos da América. Com a Constituição, promulgada dois anos após, o Estado tornou-se laico, o que deu espaço à liberdade de culto, entre outras. A Carta de 1891 previa também os direitos à igualdade, à segurança e à propriedade, a autonomia dos estados e a divisão dos Poderes, com o natural desaparecimento do quarto Poder. Instituíram-se o sistema Presidencialista e o direito de voto a todos os homens alfabetizados maiores de 21 anos – às mulheres não.

Ao contrário do que se poderia imaginar, a escolha do local para a construção da atual Capital Federal não foi obra do Presidente Juscelino Kubitschek, estando prevista já no Art. 3º daquela Carta, que assegurava:

Fica pertencendo à União, no planalto central da República, uma zona de 14.400 quilômetros quadrados, que será oportunamente demarcada para nela estabelecer-se a futura Capital federal.  
Parágrafo único - Efetuada a mudança da Capital, o atual Distrito Federal passará a constituir um Estado.

O Senado poderia atuar como Tribunal de Justiça, aparentemente apenas em caso de julgamento do Presidente da República e dos funcionários federais designados pela Constituição, situação em que a Presidência do órgão caberia ao presidente do Supremo Tribunal Federal. Aos tribunais federais cabia processar e julgar os crimes políticos. Em contrapartida, cabia também ao Senado julgar os membros do STF em casos de crimes de responsabilidade. Ao Presidente cabia a direção das Forças

Armadas e o Art. 35 e seu parágrafo 1º determinava que o Congresso teria a incumbência, não privativa, de velar na guarda da Constituição.

Como se percebe, a tripartição dos Poderes estava formatada de modo a dividir também a responsabilidade de vigilância de cada deles um sobre os demais. Somente com a reforma de 1926 é que nossa Constituição atribuiu ao STF a supremacia para verificar a vigência, a validade e a aplicabilidade das leis em relação às normas constitucionais, o que significou a competência do Judiciário para exercer o controle de constitucionalidade, embora, segundo leciona Dirley Cunha Júnior (2008, p.451),

sob o influxo do modelo “americano” da fiscalização *difusa, incidental* (por via de exceção ou de defesa) e *sucessiva* de constitucionalidade dos atos normativos em geral do poder público, que perdurou nas Constituições posteriores até a vigente.

As decisões proferidas pelo STF, no entanto, produziam efeito apenas para os casos em questão, situação que somente foi solucionada na Constituição seguinte, com a “atribuição de competência ao Senado Federal para suspender, em caráter geral, a execução da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal” (Cunha Júnior, 2008, p. 451).

Em relação aos direitos sociais, a Carta de 1891 afirmava caber ao Congresso, embora não privativamente, a criação de instituições de ensino superior e secundarista nos Estados; manteve a liberdade de profissão e previu ainda a aposentadoria para os servidores públicos, em caso de invalidez, mas não fez menção à saúde.

Coincidência ou não, foi em 1891 que o vaticano divulgou a Encíclica Rerum Novarum, documento assinado pelo Papa Leão XIII, no qual exortava os pobres a se conformarem com sua condição e os ricos a se tornarem menos gananciosos, cruéis e injustos. A Encíclica foi uma resposta da Igreja católica Romana às transformações sociais percebidas em diversos países, por conta da reorganização das relações de trabalho, que provocou o surgimento dos movimentos operários nos quais se evidenciava a associação em prol de causas comuns, o que seria o embrião dos sindicatos. Paralelamente, as teorias marxistas ganharam espaço entre tais movimentos, e a ameaça de uma série de revoluções sociais tornou-se eminente. Por conta disso, a Igreja perdia sua influência, sendo obrigada a definir novos posicionamentos, e a nova doutrina aliava-se ao movimento quanto às reivindicações, mas defendia uma solução pacífica para o problema.

### 3.3 A CONSTITUIÇÃO DE 1934

A crise econômica norte americana de 1929 teve reflexos em nosso país, entre os quais uma forte crise no setor cafeeiro paulista, que revezava com Minas Gerais, estado produtor de leite, a presidência da república. A não aceitação dos mineiros da escolha de Carlos Prestes para a candidatura nas eleições, no entanto, gerou o rompimento da política do café com leite, e a escolha do gaúcho Getúlio Vargas para encabeçar a Aliança Liberal, que prometia mudanças importantes, como a defesa das liberdades individuais, leis trabalhistas, participação do Poder Judiciário no processo eleitoral e o voto secreto.

A derrota nas eleições levou o grupo à Revolução de 1930, com Getúlio assumindo o Governo Provisório, o que significa a ausência de uma Constituição. Em 1932 explodiu em São Paulo a Revolução Constitucionalista, movimento que, apesar da derrota, influenciou na criação de nossa terceira Carta, que seguiu os moldes da Constituição alemã de *Weimar*, prevendo o pluripartidarismo e o salário mínimo, garantindo conquistas trabalhistas e institucionalizando a intervenção do Estado na economia. Antes disso, porém, o Decreto nº 19.398 garantiu ao Governo Provisório todas as funções e atribuições do Poder Executivo e Legislativo, dissolveu o Congresso Nacional, suspendeu garantias constitucionais e excluiu da apreciação judicial os atos governamentais.

O Brasil não escapou à tendência da época e as ideias integralistas ganharam espaço em diversos ramos da sociedade, inclusive com o apoio da Igreja Católica. O Movimento Integralista prega a necessidade de um sistema político específico para cada nação, em função da sua história, cultura e tendência religiosa, com forte ligação entre Estado e família, a fim de garantir a preservação dos valores éticos e morais.

Getúlio aderiu ao Integralismo, embora tenha suprimido o Partido Integralista - bem como os demais -, com a implantação do Estado Novo, em 1937. O movimento do Integralismo tinha nítida inspiração fascista, com clara rejeição ao capitalismo, ao comunismo e ao liberalismo econômico, e defendia a propriedade privada, a cultura nacional e o moralismo, sendo considerado extensão do movimento constitucionalista.

A Constituição de 1934 alinhou-se ao movimento do constitucionalismo moderno ocidental do inter-guerras, incorporando o “sentido social do direito”. A Constituição estabeleceu os princípios básicos da legislação trabalhista e garantiu proteção especial à família, baseada no casamento, em especial àquelas numerosas.

Cabia à União elaborar o Plano Nacional de Educação, que foi proclamada, juntamente com o trabalho, como direito social. A assistência médica, porém, foi prevista para atender apenas ao trabalhador e à gestante. No capítulo destinado aos direitos e garantias individuais, a previsão do mandado de segurança, criado para proteger direito certo e incontestável ameaçado ou violado por ato manifestamente ilegal de qualquer autoridade foi a grande inovação. A criação do instituto da representação interventiva, sob responsabilidade do Procurador Geral da República, na hipótese de ofensa aos princípios constitucionais previstos no art. 7º, I, foi o embrião “do controle ‘europeu’ ou concentrado de constitucionalidade” (Cunha Jr., 2008, p.452).

### 3.4 A CONSTITUIÇÃO DE 1937

Se o grupo intitulado Ação Integralista Brasileira pregava em nome de Deus, da Pátria e da Família, em favor de um partido único, com um único chefe nacional, a Aliança Renovadora Nacional, que pregava o antifascismo, agitava-se contra tais ideias. As ações deste grupo, no entanto, serviram de desculpa para a reação governista, com Getúlio Vargas dando um Golpe de Estado, a partir do qual implantou o Estado Novo e nos legou nova Carta, que interrompeu a tradição liberal do texto imperial de 1824 e das cartas republicanas de 1891 e 1934.

A Constituição de 1937 tinha cunho autoritário, claramente inspirado no fascismo, movimento surgido na Itália, logo após o término da primeira grande guerra, contrário aos ideais democráticos, ao comunismo e ao parlamentarismo, e defensor da teoria de que o Estado deve concentrar o máximo possível de autoridade. Esta carta preservou os direitos à liberdade (embora restrita), igualdade, segurança e propriedade, mas limitou as competências dos Estados e dos Municípios.

Por tratar-se de continuidade de governança, era natural que se mantivessem algumas características do Integralismo, com a preservação dos valores associados à família, à moral e à educação, instituindo o dever da família de educar as crianças, com a obrigatoriedade dos ensinamentos primário, cívico, de educação física e da prática de trabalhos manuais, considerados essenciais ao desenvolvimento da nação.

Também foram limitadas as liberdades de reunião, de associação e de pensamento, esta tolhida pela criação da censura de imprensa, das artes e das radiocomunicações. Também o direito à vida foi limitado, pelas previsões da possibilidade de violação de domicílio e da pena de morte para os crimes contra o Estado ou para os homicídios praticados por motivo fútil ou perversamente.

A União assumiu ainda a responsabilidade pela edição de normas relativas à defesa e proteção da saúde, especialmente do trabalhador, das gestantes e das crianças. O trabalho ganhou status de dever social e se observaram alguns avanços na legislação trabalhista. As questões referentes à saúde, no entanto, ficaram ausentes naquela Carta, com exceção dos Art. 16, Inc. XXVII, que reservava à União a exclusividade da competência para legislar sobre "normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança", e 18, alínea C, que previa a possibilidade de legislação complementar pelos Estados para as casas de saúde.

O controle de constitucionalidade continuou sob responsabilidade do STF, mas diminuiu sua efetividade ao possibilitar que o Poder Executivo tornasse sem efeito as decisões proferidas por aquele órgão, após confirmação da decisão, pelo voto de dois terços de cada uma das casas legislativas. Ocorre que, conforme relata Cunha Júnior (2008, p.453), "como na época não funcionava o Poder Legislativo, que não foi convocado, cabia ao próprio Presidente da República exercer, mediante simples decreto-lei, essa faculdade".

O plebiscito que deveria legitimar a Constituição e marcar o término do mandato presidencial, previsto em seu Art. 187, nunca ocorreu, sob a alegação getulista da impraticabilidade do ato em função do estado de guerra. Teoricamente, a Carta de 1937 perdeu sua eficácia em 29 de outubro de 1945, quando Getúlio renunciou, mas nova Constituição apenas seria promulgada em 18 de setembro de 1946.

### 3.5 A CONSTITUIÇÃO DE 1946

A Constituição de 1946 contou com o auxílio, em sua elaboração, do presidente deposto Getúlio Vargas, eleito Senador pelo seu estado natal, que, no entanto, absteve-se de participar da cerimônia de promulgação, dado que não teve forças para evitar que nela fossem tecidas ásperas críticas à forma como havia governado o país.

Com a promulgação daquela Carta foi restabelecido o Estado Democrático de Direito, e com ele uma série de direitos ressurgiram ou foram incorporados, tendo sido abolida a pena de morte - exceto para os casos de guerra declarada. Os direitos à liberdade, à privacidade, à livre associação e ao livre pensar voltaram a existir em plenitude. No campo dos direitos sociais foram ampliados os direitos do trabalhador, que passou a contar com estabilidade, possibilidade de participação nos lucros da empresa e indenização em casos de dispensa sem motivo.

As famílias passaram a contar com assistência à maternidade, à infância e à adolescência, mantendo-se a educação como um dever, sendo tal responsabilidade dividida com o Estado e com as empresas que contassem com mais de cem funcionários. Quanto ao direito fundamental à saúde, foco deste trabalho, o Art. 164 daquela Carta tornou obrigatória, sem deixar claro a quem cabia prestá-la, "em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência.

No tocante ao exercício do controle de constitucionalidade, foi restabelecida a primazia do Poder Judiciário, a quem coube interpretar as normas em relação à sua compatibilidade com a Norma Superior. Duas décadas após a promulgação, através da Emenda Constitucional 16/65, conforme relata Cunha Júnior, "foi inaugurado no Brasil o controle concentrado abstrato da constitucionalidade dos atos normativos federais e estaduais, com a representação genérica de inconstitucionalidade" (2008, p.454).

Assim, passaram a conviver dois sistemas de controle constitucional, ambos sob responsabilidade do Judiciário, o "incidental-difuso, de competência de todos os juízes e tribunais nos casos concretos sujeitos às suas apreciações, e principal-concentrado, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal das leis estaduais

e federais em face da Constituição Federal, e dos Tribunais de Justiça das leis municipais em face das Constituições Estaduais” Cunha Júnior (2008, p. 454).

Pelo primeiro sistema o resultado influenciava apenas o caso em questão e as partes nele envolvidas, enquanto o segundo previa efeitos para todos e, conforme o Art. 102, § 2º, da nossa atual Constituição, extensíveis, inclusive, aos demais órgãos do próprio Judiciário e da Administração Pública.

### 3.6 A CONSTITUIÇÃO DE 1967

O governo militar que assumiu a presidência do país em 1964, tal como Getúlio Vargas em 1930, demorou um tempo considerável antes de editar uma nova Carta, preferindo antes emendar a Constituição de 1946, sendo que as primeiras destas emendas visavam a garantir a presidência ao General escolhido pelo movimento revolucionário. A partir de então, o Brasil passou a conhecer os Atos Institucionais, instrumento com o qual se ditaram normas, a maioria delas contrárias ao objetivo apregoado pelos revolucionários, de estabelecer no país as condições para a implantação da democracia plena. Em 1966, no entanto, o então Presidente Castelo Branco determinou a formação de uma comissão, encarregada de revisar as emendas efetuadas através dos Atos Institucionais, excluir dos atos das disposições transitórias o que já não mais tivesse vigência e sugerir emendas à Constituição, de modo a garantir austeridade à vida pública e a contribuir para a evolução do processo democrático, algo que, em grande medida, soava estranho a um regime autoritário.

Após o término dos trabalhos da comissão o projeto foi encaminhado ao Ministro da Justiça, a quem coube elaborar um projeto, para cuja aprovação o Congresso Nacional foi convocado extraordinariamente, e no prazo de seis semanas os congressistas aprovaram, emendaram e promulgaram a nova Carta, em 24 de janeiro de 1967. Antes da promulgação, porém o relatório da comissão mista de deputados e senadores emitiu parecer sobre o projeto, no qual se afirmava que o mesmo orientava para o sistema social de eleição de grande maioria do povo e mantinha as instituições



políticas, respeitando, portanto, os preceitos democráticos; preservava as conquistas trabalhistas e os direitos individuais e possibilitava o aperfeiçoamento da Constituição através de emendas.

O partido de oposição, Movimento Democrático Brasileiro, considerou o projeto inaceitável, afirmando que a elaboração fora viciada e o projeto indefinido, além de possuir características antidemocráticas e antifederativas, e que abria concessões econômicas e desfigurava os direitos, mas o parecer do relator foi aprovado por maioria de votos. Durante a votação no Plenário foram apresentadas mais de 1.500 emendas, das quais 274 foram aprovadas, sendo provavelmente a mais significativa a que o Senador Afonso Arinos apresentou, alterando o capítulo IV, que tratava dos direitos e garantias individuais, que seguiu a redação por ele sugerida.

### 3.7 O ATO INSTITUCIONAL Nº 5

Em 1968, os descontentamentos com as práticas autoritárias adotadas pelos militares redundaram em uma série de discursos no Congresso, entre os quais um em especial, proferido pelo Deputado Márcio Moreira Alves, mereceu atenção e a ira do governo. Em represália, foi editado o Ato Institucional Nº 5, que recrudesceria as atitudes governistas, fortaleceria o poder presidencial e culminaria com o fechamento do Congresso, em outubro do ano seguinte.

A força do Poder Judiciário foi significativamente diminuída, com a possibilidade de restrições de certos direitos individuais independentemente da apreciação judicial. O Art. 10º, por exemplo, suspendeu a garantia de *habeas corpus* nos casos de crimes políticos ou que afetassem a segurança nacional e a ordem econômica ou social. Ainda assim, foi mantida a competência do STF para processar e julgar a constitucionalidade das normas legais.

De forma geral, segundo o pensamento kelseniano em relação à validade das normas, o fato de que os militares assumiram o poder à força, pelas vias da revolução, e uma vez de posse dele instituíram uma nova Constituição, a qual previu, mais tarde, a

possibilidade de sua alteração pela de apresentação de emendas, e que uma destas emendas previu o modo pelo qual se reformularia aquela Carta, que ficou conhecida como E.C. 26, temos que a nossa atual Constituição tem como fundamento de validade esta Emenda e, por conseguinte, como poder originário o Ato Institucional Nº 5.

### 3.8 A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Entre as décadas de 70 e 90 do século passado, muitos países fizeram a transição política para regimes democráticos, entre eles o Brasil, onde os direitos fundamentais passaram a ser mais valorizados. Em 16 de novembro de 1986 foram eleitos os deputados e senadores que comporiam a Assembleia Nacional Constituinte, na qual, por força dos inúmeros financiamentos de grupos de interesses, prevaleceu o conservadorismo, formando um grupo composto por membros de diversos partidos, denominado de “centrão”, com o propósito de fazer aprovar as cláusulas e emendas lhes interessassem.

Os 559 constituintes promulgaram a denominada Constituição Cidadã em 5 de outubro de 1988. A Carta assegurou direitos de expressão e de reunião, a inviolabilidade do lar e da vida privada dos indivíduos, possibilitou a alteração das relações econômicas, políticas, sociais e trabalhistas, com a previsão do direito à greve e à livre associação sindical. No campo jurídico, foi criado o Superior Tribunal de Justiça (STJ), restabelecido o *habeas corpus* e instituídos os instrumentos do *habeas data*, do mandado de injunção e do mandado de segurança coletivo. No campo político, houve ampliação das funções do poder Legislativo, que passou a poder controlar ações do governo.

A Constituição de 1988 incluiu regras referentes à questões ambientais, obrigando o Estado e o cidadão a proteger a fauna e a flora, o que se configura entre os direitos de terceira geração, relacionados ao ideal da solidariedade. A saúde figura entre os direitos fundamentais, com o propósito de diminuição das desigualdades, especialmente percebido na redação do Art. 196, que determina que “[...] o direito à saúde é um direito de todos e um dever do Estado”.

Isso significa que a obrigação de garantia do acesso universal de todos os cidadãos às atividades relacionadas à promoção, proteção e recuperação da saúde cabem a todas as instâncias federativas, que compreende, segundo a própria CF, em seu Art. 18, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, sendo este um dever solidário entre os mesmos e constituindo cada um deles como pólo passivo legítimo, em caso de descumprimento das obrigações legais relacionadas à saúde.

## 4. O SISTEMA DESCENTRALIZADO DE SAÚDE

Cada município, embora disponha de dispositivos legais que lhe permitem certa gerência de negócios, tem suas diretrizes estabelecidas, além de através dos institutos próprios, pelas Constituição Estadual e Federal, em cadeia hierárquica. No campo da Saúde, por exemplo, todo Município deve basear suas ações em planos fundamentados em critérios estabelecidos em Leis oriundas das esferas Federal, Estadual e Municipal.

A Constituição Federal de 1988 firmou, em seu art. 198, diretrizes que permitiram a elaboração da Lei Orgânica de Saúde, em 1990, que por sua vez estabeleceu os princípios do Sistema Único de Saúde, o SUS. Ainda que este seja um sistema unificado, suas ações são descentralizadas, e o SUS atua nas esferas nacional, estadual e municipal, cada uma com comando único e atribuições próprias.

Como nosso país vive uma democracia representativa, em que os governos têm prazo de atuação definido em Lei, cabe a cada administração elaborar e apresentar à sociedade seus planos de Governo, o que inclui um projeto de atuação para o campo da saúde. Cada governo deve estabelecer um Plano Plurianual (PPA), válido para o segundo, terceiro e quarto anos de sua administração e para o primeiro ano da administração seguinte.

Além do PPA, cada governo deve também apresentar a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), a Lei Orçamentária Anual (LOA), e seu Plano de Saúde. Na esfera municipal, as diretrizes gerais são estabelecidas no PPA e as relativas à saúde são norteadas pelo Plano Municipal de Saúde (PMS), válido pelos mesmos quatro anos e guardando coerência com aquele.

A descentralização dos serviços de saúde é consequência natural do fato de que é no município que as ações são efetivamente executadas e onde se tem um melhor conhecimento acerca das necessidades da população. Ainda assim, é um processo complexo, que envolve a necessidade de uma série de cooperações entre as três esferas de poder e os vários órgãos encarregados da execução das políticas de saúde.

Para que a elaboração do PMS ocorra de forma coerente com a realidade e as prioridades locais, é preciso firmar os objetivos e conhecer as necessidades do município. Uma vez levantados estes dados, a estruturação do PMS segue dois momentos distintos: a análise da situação da saúde no município e o estabelecimento das metas e diretrizes.

A análise situacional deve identificar os problemas e a condição de saúde da população e seus determinantes, como questões de ambiente e saneamento, crescimento populacional, índice de envelhecimento, taxa de fecundidade e mortalidade, expectativa de vida, renda *per capita*<sup>2</sup>, taxa de desemprego, níveis de escolaridade, violência, Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), etc., além da identificação de grupos vulneráveis ou de portadores de necessidades especiais.

Para o estabelecimento dos objetivos é necessário que se considere também a viabilidade política, econômica, técnico-organizacional e a coerência com as políticas do governo. As metas visam a esclarecer e quantificar “o que”, “para quem” e “quando”. Já as diretrizes serão as linhas de ação a serem seguidas.

Salvador, de modo geral, foi privilegiada em relação ao restante do país, pois, ao ser fundada, além de ter nascido já Capital, abrigando a residência do Governador Geral Tomé de Souza, recebeu uma casa de vereança e cadeia, Padres, uma farmácia e um médico, o Dr. Jorge Valadares, nomeado pelo Rei D. João III.

O primeiro médico prático do Rio de Janeiro, foi Aleixo Manuel, o velho, em meados do século XVII. Os caboclos empregavam a vaga medicina dos pajés e os negros, seus amuletos e ervas. Em certas ruas, barbeiros apregoavam drogas, faziam sangrias. Não havia Faculdade de Medicina e os cariocas que desejavam curar seus semelhantes eram obrigados a ir estudar em Coimbra. A medicina do tempo do Primeiro Reinado, embora D. João VI tivesse trazido alguns bons médicos para o Rio de Janeiro, era do "tipo caseiro": rodelinhas de limão nas frentes para enxaquecas, suadouros de sabugueiro e quina, para as febres: cataplasmas contra as asmas: antipirina para as dores de cabeça; banhos de malva para as dores nas cadeiras; um "cordial"<sup>3</sup> contra a insônia e, para os loucos, o Hospício, na Praia Vermelha. (WIKIPÉDIA, Medicina).

---

<sup>2</sup> Do latim: “para cada cabeça”.

<sup>3</sup> Infusão de chás considerados bons para o coração.

No início do século XVIII as cidades Brasileiras encontravam-se abandonadas por Portugal (COSTA, 1979), e a ocupação territorial vinha da iniciativa de colonos, degredados e aventureiros, que só perderam espaço quando Portugal se interessou pela exploração econômica do ouro, promovendo conflitos entre Igreja, Governo e Câmara. Com a vinda da corte Portuguesa para o Brasil, este passa a ter instituições centralizadoras (SCHWARCZ, 1995), com o intuito de restabelecer a ordem e civilizar a sociedade ao moldes da Europa.

Dentro deste contexto civilizatório e de controle da sociedade é que surgem, em 1808, as Cadeiras de Cirurgia e Anatomia, que em 1832 deram origem às Faculdades de Medicina da Bahia e do Rio de Janeiro, caracterizando as primeiras medidas políticas de estado na tentativa de se desenvolver um modelo de atenção à saúde, porém mínima, que só era capaz de dar suporte ao poder local. Até então, a saúde limitava-se ao saber popular de um processo de conhecimento empírico praticado por um curandeiro que se especializava na arte da cura.

Enquanto a sociedade era regida por uma economia agro-exportadora e sustentada pela monocultura do café, exigia-se dos órgãos sanitários uma política sanitária com foco na erradicação de doenças que prejudicariam a circulação dos produtos de exportação. Por esta razão o modelo Campanhista predominou desde o final do século passado até o início da década de 60, e foi amplamente usado pela SUCAM no combate a diversas epidemias e mais tarde foi incorporado pela Fundação Nacional de Saúde.

Com a acumulação capitalista que o comércio exportador proporcionou, ocorreram os primeiros passos de uma industrialização no país, que se deu principalmente no eixo São Paulo – Rio, e era dependente de um processo de urbanização e de mão de obra experiente. Esta mão de obra operária, importada, tinha nos imigrantes europeus a sua representatividade. A industrialização ocorreu sem qualquer tipo de garantia trabalhista, como férias, jornada de trabalho limitada, pensão ou aposentadoria, que misturada ao histórico anarquista de movimentos operários da Europa, fez surgir duas greves gerais no país, uma em 1917 e outra em 1919, que permitem à classe a conquista de alguns direitos sociais.

Em janeiro de 1923 o congresso nacional aprovou a Lei Eloi Chaves, que é o marco inicial da previdência social no Brasil, e por meio dela foram instituídas as Caixas de Aposentadoria e Pensão (CAP'S). É preciso salientar a que a lei deveria se aplicar somente ao operário urbano, sem se estender ao trabalhador rural, para que tivesse a aprovação do congresso, composto pela oligarquia rural. A constituição das CAP'S não era automática e se limitava ao poder de mobilização dos trabalhadores de empresas específicas, que se responsabilizavam pela organização dos fundos. Assim, a primeira CAP'S criada foi a dos ferroviários, o que se explica pelo nível de importância que este setor tinha na economia.

O estado não tinha qualquer participação no custeio e administração das caixas, que de acordo com a lei seriam mantidas por uma representação de 3% dos vencimentos dos empregados e 1 % da renda bruta das empresas e consumidores das mesmas (OLIVEIRA & TEIXEIRA, 1989). A importância dos fundos se deve ao fato do mesmo proporcionar serviços funerários, assim como médicos, em caso de doenças para o operário ou qualquer pessoa de sua família que habitasse sobre o mesmo teto, caracterizando as CAPS como o embrião dos SUS.

A cidade de Salvador possui área de 693,292km<sup>2</sup> e uma população de 2.902.927 habitantes (IBGE/2014), sendo a terceira cidade mais populosa do Nordeste e a sétima do Brasil. De acordo com o Plano Municipal de Saúde (PMS), a cidade pertence a 1ª Diretoria Regional de Saúde (DIRES) e sua organização político-administrativa em relação à saúde corresponde a 18 Regiões administrativas (R.A) e 12 Distritos sanitários (D.S): Centro Histórico, Itapagipe, São Caetano/Valeria, Liberdade, Brotas, Barra/Rio Vermelho, Boca do Rio, Itapuã, Cabula/Beiru, Pau da Lima, Subúrbio Ferroviário e Cajazeiras. Cada distrito possui características singulares nas esferas social e epidemiológica e nas demandas de saúde.

No que diz respeito à economia, Salvador tem a maior do estado e a décima primeira do país. De acordo com o (IBGE/2011), seu Produto Interno Bruto - PIB foi de R\$ 38.819.520 bilhões. A renda per capita em Salvador em 2011 foi de R\$ 14.411,73 e o seu Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) é de 0,759 (IBGE/2010).

Com relação à habitação, de acordo com o PMS, a proporção de moradores com abastecimento de água pela rede geral em 2000 foi de 96,7%. O Censo 2010 aponta que 89,9% dos domicílios de Salvador possuem esgotamento sanitário e 93,1%, coleta de lixo. Salvador ainda convive com problemas de moradia, apresentando um déficit habitacional de cerca de 100 mil unidades, sendo necessário um planejamento para promover melhorias na qualidade de vida à população da cidade.

O município, pelo modelo descentralizado de atendimento, passou a ser responsável pela saúde de seus habitantes, devendo a administração, para tanto, elaborar um Plano Municipal de Saúde condizente com as necessidades da população, que expresse claramente a proposta de atenção à saúde que o governo municipal se propõe a oferecer, ciente de que ele depende de avaliações e aprovações de diversas instâncias para sua habilitação, como também para viabilizar o repasse dos recursos necessários.

Em julho de 2011 aconteceu a XI Conferência Municipal de Saúde, no Centro de Convenções, sob o tema "Todos usam o SUS". Foi discutida a crise do Sistema Único de Saúde em Salvador, por conta da baixa cobertura; a falta de capacidade de atendimento; a dificuldade de acesso das pessoas aos serviços de atenção primária, como consultas, exames, cirurgias e internamento, e a imensa dívida com os hospitais filantrópicos, que atendem grande parte da demanda do SUS.

Por conta de existirem "Regiões de Saúde", Salvador vivencia um agravamento da situação, dado que os parâmetros de repasses de verbas são estabelecidos previamente em função das necessidades da população de cada município, e é sabido que nossa capital atrai diariamente centenas de pacientes, oriundos das mais diversas localidades, dentro e fora do estado.

Assim, embora seja visível o esforço empreendido na elaboração do PMS, sua funcionalidade jamais poderá alcançar as metas estabelecidas, uma vez que os dados são coletados apenas nos distritos sanitários do próprio município, enquanto que o universo de pacientes atendidos é muito mais amplo. E se alguns pressupostos de que o PMS se utiliza estão equivocados, as conclusões a que chega e as previsões de demanda que apresenta não serão confiáveis.



## 5 A RESPONSABILIZAÇÃO DOS GOVERNOS DIANTE DO DEVER DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS SOCIAIS DE SAÚDE

A lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, conforme seu preâmbulo, "dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências". Os Artigos 15 desta lei federal e o artigo 23 da CF/88 tratam da Competência e das Atribuições comuns a todos os entes da Federação:

Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:

[...]

VII - participação de formulação da política e da execução das ações de saneamento básico e colaboração na proteção e recuperação do meio ambiente;

[...]

IX - participação na formulação e na execução da política de formação e desenvolvimento de recursos humanos para a saúde;

[...]

XIII - para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização;

XIV - implementar o Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados;

[...]

XXI - fomentar, coordenar e executar programas e projetos estratégicos e de atendimento emergencial.

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

[...]

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. (Redação dada pela Emenda n. 53/2006.)

## 5.1 OS GOVERNOS E O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Os artigos 16 a 18 da lei federal 8.080/90 tratam das responsabilidades de cada uma das esferas de Governo em relação ao Sistema Único de Saúde, iniciando pela esfera Federal:

Art. 16. A direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) compete:

[...]

II - participar na formulação e na implementação das políticas:

a) de controle das agressões ao meio ambiente;

b) de saneamento básico; e

c) relativas às condições e aos ambientes de trabalho;

[...]

VI - coordenar e participar na execução das ações de vigilância epidemiológica;

[...]

VII - estabelecer normas e executar a vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras, podendo a execução ser complementada pelos Estados, Distrito Federal e Municípios;

Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete:

I - promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde;

[...]

III - prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde;

[...]

IX - identificar estabelecimentos hospitalares de referência e gerir sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional;

Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete:

I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde;

II - participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde (SUS), em articulação com sua direção estadual;

Por conta da responsabilidade solidária, qualquer um dos entes da Federação pode ser acionado, como também todos os três entes federativos (Município, Estado-membro e União) podem ser acionados ao mesmo tempo.

## 5.2 A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS

O Preâmbulo de nossa Carta Magna já registra as formas de governo e estado adotados, ao se definir como República Federativa do Brasil, o que é reafirmado no caput do artigo 1º, que acrescenta ainda: "formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito".

Esta união indissolúvel institui alguns nexos de responsabilidade comum, entre os quais a de promover de forma solidária a saúde pública. Não se trata, neste caso, de classificação do direito fundamental à saúde como sendo de terceira geração, mas de obrigação solidária entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Dentre os princípios fundamentais instituídos pela República Federativa do Brasil, além do artigo 1º já citado acima, apresenta-se o artigo 2º que costuma ser utilizado como argumento jurídico dos Poderes Executivos federal, estaduais e municipais para tentar fundamentar a suposta impossibilidade do Poder Judiciário em realizar o controle judicial das omissões do Poder Público, notadamente pela falta de efetividade das políticas sociais promovidas pelo Estado. O referido dispositivo constitucional expõe o seguinte: art. 2º "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário". Desta forma, aparentemente, o Judiciário não poderia intervir no Executivo nem no Legislativo. O Poder Executivo alega violação ao princípio fundamental constitucional da Separação de Poderes, qual seja, a suposta interferência indevida do Poder Judiciário sobre o Executivo, em casos como o Ativismo Judicial ou Judicialização das Políticas Sociais. Porém, a harmonia prevista neste mesmo artigo pressupõe o equilíbrio da independência entre os Poderes, já que pelo sistema de freios e contrapesos, adotado pela nossa Carta Magna de 1988, cada Poder da República exerce tanto suas funções típicas, como também atípicas, além de exercerem fiscalização e cobrança de cumprimento de um Poder sobre as funções típicas do outro Poder; no caso específico, do Poder Judiciário sobre o Poder Executivo para que este não siga omissis e cumpra, efetivamente, as políticas públicas fundamentais de saúde que os cidadãos necessitem, como o fornecimento de medicamentos de alto custo.

O artigo 198 trata das ações e serviços públicos de saúde, que compõem um sistema único, instituído dois anos após sob a sigla SUS, sendo uma rede

regionalizada, hierarquizada e descentralizada, e prevê que seu financiamento será responsabilidade dos membros supracitados, além de contar com recursos do orçamento da seguridade social.

De modo geral, os magistrados têm alertado para esta responsabilidade solidária, a exemplo da jurisprudência do STF, nos autos do Recurso especial 834294/SC, que teve como relatora a Ministra Eliana Calmon:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – SUS – OFENSA AO ART. 535 DO CPC – SÚMULA 284/STF – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS – LEGITIMIDADE DA UNIÃO.

1. [...].

2. O funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária da União, estados-membros e municípios, de modo que, qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros.

3. Recurso especial conhecido em parte e improvido.”

(STJ, 2ª Turma, REsp 834294/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, DJ de 26.09.2006, p. 196).

Sobre o assunto, assim se manifestou Dirley da Cunha Júnior:

CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO.

[...]

A União, por seu turno, tem legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda. Como se sabe, sendo o Sistema Unico de Saúde - SUS composto pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade solidária dos aludidos entes federativos, podendo qualquer deles figurar no pólo passivo das demandas que objetivam o fornecimento de medicamentos a quem deles precisa. TRF1, Proc. 2009.33.00.909786-3.

Assim, sendo a responsabilidade solidária, qualquer um dos entes federativos pode ser instado ao fornecimento de medicamento ou tratamento de saúde, sendo lícito ao cidadão, em caso de negativa de atendimento, demandar contra qualquer um deles, contra dois ou contra todos.

Uma rápida busca no portal eletrônico *Jusbrasil* permitiu constatar que o Estado da Bahia e o Município de Salvador continuam tentando reverter a decisão que garantiu à paciente o fornecimento do medicamento de que necessitava.

## 6 A INAPLICABILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL DIANTE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

As normas legais relacionadas a direitos fundamentais sociais, no dizer de José Afonso SILVA, apresentam a característica de possuírem textos

De grande imprecisão, comprometendo sua eficácia e aplicabilidade imediata, por requerer providências ulteriores para incidir concretamente. Muitas normas são traduzidas no texto supremo apenas em princípio, como esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários. (DA SILVA, 2001, p.137)

O renomado jurista Paulo Bonavides, no entanto, admite que "naquele momento histórico, esta era a única forma possível de se incluir na Constituição os direitos fundamentais sociais" (BONAVIDES, 1996, p. 219).

Tal situação, no entanto, permitiu que os legisladores, de maneira mais ou menos sistemática, utilizassem as regras ditas "programáticas" para adiarem o máximo possível a implantação de condições que permitissem a aplicação prática dos direitos sociais, tal como visto ao estudarmos a questão das "gerações" de direito. Aliado a isto, percebe-se que as práticas implantadas relacionadas à área de saúde nunca foram abrangentes o suficiente para garantir aquilo que o texto constitucional prescreveu, e provavelmente nunca serão.

De fato, não se tem notícia de nenhuma nação na qual não existam demandas visando a obrigar o governo local a prestar assistência médica ou farmacêutica que não estava prevista entre as atividades da área de saúde daquele país. Também é preciso lembrar que os laboratórios sempre criarão novos medicamentos, o que provocará, inevitavelmente, solicitações por seu fornecimento, ainda que os resultados não sejam previamente comprovados.

Diante das solicitações, inevitavelmente os governos argumentarão que é impossível atender a todos os desejos particulares dos governados, devendo haver parcimônia na administração dos recursos. A este argumento deu-se o nome de "reserva do possível".

## 6.1 A ORIGEM DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

O termo e seu significado têm origem na doutrina jurídica alemã, e surgiu no início dos anos setenta do século passado, como resultado de um controle de constitucionalidade sobre cláusulas de direito estadual que regulavam a forma de ingresso nas universidades da Baviera e de Hamburgo, em função da limitação da capacidade de absorção de novos acadêmicos. Foram definidos limites numéricos para tal capacidade, o que ficou conhecido como “números clausus”.

Ocorreu, no entanto, a alegação de que tais limitações feriam o artigo 12, I, da Constituição Federal Alemã, que assegura que “todos os alemães têm o direito de livremente escolher profissão, local de trabalho e de formação profissional”. Como a universidade é parte da etapa de formação profissional, limitar o acesso a esta feriria a Lei, podendo mesmo significar a impossibilidade de escolha da futura profissão.

O Tribunal, no entanto, entendeu ser válido e mesmo necessário limitar o acesso, afirmando que os direitos sociais de participação nos benefícios estatais devem ser medidos sob o prisma da reserva do possível. Assim, o termo passou a ser utilizado para defender a tese de que não é possível ao Estado atender a todas as vontades de seus concidadãos, devendo existir, inclusive, razoabilidade no pedir.

A expressão ganhou força de Teoria e passou a ser largamente utilizada, não apenas na Alemanha, mas também em diversos outros países, a exemplo de Portugal.

## 6.2 A RESERVA DO POSSÍVEL NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil a teoria da reserva do possível não tem se mostrado tão abrangente, dado que não se percebe a exigência da razoabilidade no pedido, limitando-se a análise a verificar a possibilidade ou não de garantir financeiramente a prestação solicitada. Neste compasso, Dirley da Cunha Júnior chama a atenção para a adoção de

teorias jurídicas desenvolvidas em países de base cultural, econômica, social e histórica próprias, para outros países cujos modelos jurídicos

estão sujeitos a condicionamentos socioeconômicos e políticos completamente diferentes. (2008, p. 315)

Para Dirley, “a adoção de soluções estrangeiras nem sempre se compatibiliza com a realidade jurídica e material do Estado brasileiro” (2008, p. 316). A consideração feita pelo ilustre professor é de que não se pode aplicar políticas produzidas em países desenvolvidos ou centrais a outros em desenvolvimento ou periféricos. Porquanto, exemplificativamente, a Reserva do Possível pode ser alegada na Alemanha, nação que originou esta teoria; nos países escandinavos como a Suécia, Noruega, Dinamarca e a Finlândia, países esses chamados de Estados de Bem-Estar Social, por praticarem políticas sociais plenas, além de outros países desenvolvidos social e economicamente, não de se aplicar em alguns casos a Reserva do Possível devido à razão destas nações cumprirem efetivamente o Mínimo Existencial ou a Existência Digna dos seus cidadãos, mormente quando relacionados aos direitos fundamentais sociais; conquanto, no Brasil não exista aplicação efetiva deste Mínimo Existencial, quanto menos a Existência Digna, para a efetivação das suas políticas sociais; tendo por consequência lógica a impossibilidade deste argumento da Reserva do Possível pelo Poder Público.

Em contraponto, o autor tece uma defesa exemplar das razões da necessidade de aplicabilidade das normas garantidoras de direitos sociais em nosso país (2008, p. 317), apontando que

Num Estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações sociais para sobreviver, onde ululam cada vez mais cidadãos socialmente *excluídos* e onde quase meio milhão de crianças são expostas ao trabalho escravo, enquanto seus pais sequer encontram trabalho e permanecem escravos de um sistema que não lhes garante a mínima dignidade, os direitos sociais não podem ficar reféns de condicionamentos do tipo *reserva do possível*.

Para o autor, questionar a impossibilidade de atender às demandas originadas pela necessidade de manutenção de condições dignas de vida baseado na falta de caixa significa anular a eficácia da Norma. Ademais, trata-se, efetivamente, de permitir ao Judiciário a

redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando-os de outras áreas (fomento econômico a empresas concessionárias ou permissionárias mal administradas; serviço da dívida; mordomias no tratamento de certas autoridades públicas, como jatinhos, palácios residenciais, festas

pomposas, seguranças desnecessários, carros de luxo blindados, comitivas desnecessárias em viagens internacionais, pagamento de diárias excessivas, manutenção de mordomias a ex-Presidentes da República; gastos em publicidade, etc.), para destiná-los ao atendimento das necessidades vitais do homem, dotando-o das condições mínimas de existência. (2008, p. 318).

A controvérsia entre atender as expectativas particulares dos cidadãos e ater-se aos programas governamentais é alimentada pela previsão constitucional, presente no Artigo 165, de que nenhuma despesa pública deverá ser efetivada em desacordo com a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), o Planejamento Plurianual (PPA) ou com a Lei Orçamentária Anual (LOA), e também pela perspectiva da análise posterior das despesas sob os critérios da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

Em um Estado Democrático de Direito, como o nosso, os gastos públicos são planejados por meio do Orçamento Público, em que os Poderes Executivo e Legislativo elegem as prioridades e as perspectivas de atendimento dos direitos sociais em determinado período de tempo futuro.

Ainda que os chefes de Governo gozem de certa liberdade para eleger suas prioridades políticas, a partir das quais planejarão a execução de suas administrações, será sempre necessário coadunar suas expectativas e promessas às Leis acima citadas, bem como submeter seus programas à aprovação do Legislativo. Em nosso país, particularmente, este processo tem se mostrado prolífero em produzir acordos e arranjos que, no mais das vezes, prejudica a aplicação mais parcimoniosa das receitas e resulta em benefícios a grupos políticos com interesses nem sempre sociais.

A necessidade governamental de atender a interesses políticos diversos acaba por comprometer os orçamentos públicos, e termina por servir de argumento à alegada incapacidade de atender às necessidades de todos. É neste momento que ao cidadão, que sofre uma necessidade não compreendida entre as ações governamentais de assistência, tanto de saúde como de educação, resta o recurso de apelo à Justiça, baseado na própria Carta Constitucional que rege a Nação.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000), no entanto, parece proteger a Administração, ao proibir a realização de despesas sem a prévia dotação orçamentária. Não obstante, na seção III da mesma Lei, o Art. 5º, prevê que



O projeto de lei orçamentária anual, elaborado de forma compatível com o plano plurianual, com a lei de diretrizes orçamentárias e com as normas desta Lei Complementar:

[...]

III - conterà reserva de contingência, cuja forma de utilização e montante, definido com base na receita corrente líquida, serão estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, destinada ao:

a) (vetado);

b) atendimento de passivos contingentes e outros riscos e eventos fiscais imprevistos.

Assim, o magistrado poderá, em situações excepcionais, obrigar o Executivo a fazer uso desta reserva de contingência. Também é lícito ao administrador fazer uso de eventual excedente de arrecadação, para fazer cumprir as decisões judiciais, ou, ainda, solicitar abertura de crédito suplementar. Ao Juiz, no entanto, não cabe determinar a fonte de recursos que o Administrativo deverá utilizar, ainda que lhe seja destinado decidir pela prestação do atendimento ao solicitante. O Ministro do STF, Celso de Mello, valeu-se do seguinte argumento para julgar a Pet. 101/2000-SC:

entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, “caput”, e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

Cumpra não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.

O Poder Judiciário, na excelente lição do Ministro Celso de Mello, deve agir sempre que ficar demonstrada a omissão dos demais Poderes, inobstante isso implique em determinar a adoção ações públicas não previstas nas políticas governamentais.

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde – que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a

satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional. (Idem, ibidem).

Ainda assim, é válido ponderar que, muito embora esteja sedimentada a teoria da separação dos poderes, José Afonso da Silva (2002, p.112) ensina que: “Cumprido, em primeiro lugar, não confundir distinção de funções do poder com divisão ou separação de poderes, embora entre ambos haja uma conexão necessária”.

## **7 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE COMO CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL**

Alguns doutrinadores brasileiros entendem que as normas programáticas, exatamente por estarem afeitas a programas de governo, não se traduzem em direitos sociais subjetivos ou objetivos. O alemão Konrad Hesse, ao examinar a questão dos direitos sociais em seu país, compreendeu que a existência de regras constitucionais não impediram a ascensão do nacional-socialismo e seu total desprezo pelos direitos humanos. Assim, em sua visão, o país não dispunha de uma tradição que preservasse os direitos naturais mais básicos, daí o motivo pelo qual se esforçou em alicerçá-los ao máximo na letra da nova Lei Fundamental, lançando, já em seu artigo primeiro, a regra do "princípio supremo, absoluto e intangível da inviolabilidade da dignidade humana".

Não obstante, HESSE (2009, p. 46) reconhece que

A problemática de tais direitos se explica por terem estrutura distinta dos tradicionais direitos de liberdade e igualdade. Direitos sociais fundamentais, por exemplo, o direito ao trabalho ou o direito à moradia adequada ou à seguridade social não se tornam efetivos pelo fato de que se respeitem e amparem, antes requerem, de antemão e em qualquer caso mais que em direitos fundamentais tradicionais, ações do Estado tendentes a realizar o programa contido neles. Não só exige isso regularmente uma ação do legislador, mas também da Administração, o que pode afetar os direitos de liberdade alheios.

A falta de uma efetividade positiva das normas constitucionais garantidoras de direitos sociais fundamentais, seja em qual for a nação, conduz ao entendimento de que tais normas possuem caráter apenas programático, no sentido de constituírem intenções de prestação que dependem ou de regulamentações posteriores da Lei ou de condições fáticas, atreladas à capacidade orçamentária.

### **7.1 AS NORMAS PROGRAMÁTICAS NO BRASIL**

Este entendimento de que normas programáticas não geravam direitos sociais objetivos era também comum em nossa nação, mesmo após a promulgação da atual

Constituição Federal de 1988, sendo antes uma indicação da intenção política de que todos os governados tivessem direito à saúde, à educação ou ao trabalho.

As normas não poderiam, portanto, gerar direitos individuais específicos, dependendo, além de complementações normativas posteriores, de capacidade econômica efetiva da nação. Nossa Constituição Cidadã, desta forma, perdeu parte de sua força junto à sociedade.

## 7.2 O DIREITO SUBJETIVO GERADO PELA NORMA FUNDAMENTAL

A reação dos governados inicia exatamente quando o cidadão percebe que a falta de completude das normas não constitui óbice impeditivo para que se pleiteie individualmente um direito constitucional expresso na letra da Lei.

As normas programáticas, a partir desta visão, passam de incompletas à capazes de gerar direitos objetivos, através das ações dos Tribunais. No dizer de CANOTILHO (2003, p. 1.180),

Além de constituírem princípios e regras definidoras de diretrizes para o legislador e a administração, as "normas programáticas" vinculam também os tribunais, pois os juízes "têm acesso à constituição", com o conseqüente dever de aplicar as normas em referência (por mais geral e indeterminado que seja o seu conteúdo) e de suscitar o incidente de inconstitucionalidade, nos feitos submetidos a julgamento (cfr. CRP, art. 204º) dos atos normativos contrários às mesmas normas.

Este entendimento significou uma transformação revolucionária em termos de aplicabilidade constitucional, dado que uma Carta repleta de intenções passou a ser vista como garantia de aplicabilidade real dos direitos individuais subjetivos. Konrad Hesse (2009, p. 141), aponta este fato ao registrar que

O significado superior da Constituição normativa manifesta-se, finalmente, na quase ilimitada competência das Cortes Constitucionais - princípio até então desconhecido - que estão autorizadas, com base em parâmetros jurídicos, a proferir a última palavra sobre os conflitos constitucionais, mesmo sobre questões fundamentais da vida do Estado.

O Professor Dirley da Cunha Júnior, em sua obra *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, (2008, p. 24), leciona que

Numa concepção estritamente jurídica, a Constituição é concebida como uma norma jurídica, uma norma jurídica fundamental de organização do Estado e de seus elementos essenciais, dissociada de qualquer fundamento sociológico, ou filosófico. Para o jurista em especial, a Constituição é vista sempre como "norma jurídica de organização".

Dirley complementa este entendimento ao comentar a força normativa da Constituição (2008, p. 66)

Assim, à vista do Direito Constitucional brasileiro, a Constituição dirigente ainda vive, como condição fundamental, aliás, da garantia do cumprimento dos direitos fundamentais sociais reconhecidos no texto constitucional vigente. Com efeito, se os direitos fundamentais, particularmente os sociais, constituem o núcleo essencial e irreduzível da Constituição, o caráter compromissário e dirigente da Constituição brasileira deve, sem dúvida alguma, ser mantido [...].

A transformação social proporcionada pela promulgação da Constituição Cidadã permitiu ao povo embasar-se de uma série de esperanças de que, finalmente, os governos estariam voltados ao atendimento de suas prioridades, entre as quais as relativas à saúde, educação, segurança e trabalho.

### 7.3 O PAPEL DOS TRIBUNAIS NA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

Dirley sintetiza a importância do reconhecimento jurídico da aplicabilidade real das normas constitucionais, ainda que normativas, e defende que a "aplicabilidade direta e imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais se estende a todas as normas da Constituição" (2008, p. 664), enfatizando a importância do papel do magistrado.

Na hipótese de eventual omissão estatal, impeditiva do gozo desses direitos, pode e deve o Judiciário, como Poder apto a proporcionar a realização concreta dos comandos normativos, quando provocado por qualquer meio processual adequado, suprir aquela omissão, completando o preceito consignador de direitos diante do caso concreto. (Idem, *ibidem*).

O Ministro do STF, Celso de Mello, ao julgar o Recurso Extraordinário com Agravo 639.337-SP, apresenta argumentos acerca do entendimento da ideia de mínimo existencial baseados na interpretação constitucional:

A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.

Ora, o Artigo 1º da Constituição apresenta os fundamentos da República Federativa do Brasil, entre os quais o Inciso III estabelece a “dignidade da pessoa humana”. Este Inciso tem sido quase que unanimemente invocado em praticamente a totalidade das ações que envolvem a pretensão de exigir do Estado alguma prestação não contemplada nas ações governamentais. É, por natureza, um termo bastante aberto e sujeito a uma miríade de interpretações.

#### 7.4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O professor Ricardo Maurício Freire Soares, em sua brilhante obra *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*, defende com muita sapiência, a ideia de que o princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana deve ser pressuposto básico da eficácia social do Direito, ou seja, de sua efetividade. De igual modo, o Direito para ser justo, precisa de legitimidade perante à sociedade para ser aceito, espontaneamente, como tal. Em suas próprias palavras, "o direito justo é, portanto, o sinônimo de direito legítimo, porque capaz de espelhar, num dado tempo e espaço, os valores tendentes à concretização da justiça na comunidade humana". A justiça ou legitimidade pressupõe o plano do dever-ser existencial e o alcance do mundo ideal. Contudo, como na prática, isso não ocorre com a relação entre o Direito e à sociedade, o ponto de intersecção entre o plano do dever-ser com o plano do ser, ou

seja, a confluência do mundo ideal com o mundo real já pode justificar a existência da legitimidade ou justiça das normas jurídicas referentes aos anseios sociais. O professor Ricardo explica que o Direito, para ser válido, precisa mostrar-se justo. Isso ocorre quando além das normas jurídicas adequarem-se aos imperativos formais de seu processo legislativo, devem fundamentar-se em uma ordem axiológica justa, concebida a partir do princípio da dignidade da pessoa humana.

Na visão do Professor Dirley Cunha Jr. (2008, p. 227-232), os direitos fundamentais são reconhecidos como categoria jurídica fundamental exatamente em razão da dignidade da pessoa humana, e apresentam características que os distinguem de outras categorias jurídicas, tais como a historicidade, relativa à construção social e histórica que levou à sua sedimentação; a universalidade, afeita à abrangência da coletividade, ainda que esta seja um subconjunto da totalidade dos cidadãos, como as crianças, os idosos ou os trabalhadores, por exemplo; a inalienabilidade, dado que de tais direitos o destinatário não pode abrir mão; a imprescritibilidade, porque não se perdem no tempo; a irrenunciabilidade, já que o titular pode não exercer o direito, mas dele não pode dispor; a limitabilidade e a concorrência, ambos afeitos a confrontações com outros direitos, individuais ou coletivos; a proibição de retrocesso e a constitucionalização, que é seu reconhecimento formal.

A dignidade da pessoa humana, uma vez consagrada no texto constitucional, é capaz de gerar consequências jurídicas que envolvem os deveres de respeito e proteção, sendo que o primeiro exige a abstenção do Estado, no sentido de não fazer contra o cidadão nada que o prejudique, ao passo que o segundo abre um leque talvez infinito de possibilidades quanto à obrigatoriedade dos governos de criar instrumentos capazes de garanti-la, tais como a geração de leis específicas, aparelhamento dos órgãos protetivos, preventivos, reguladores, fiscalizadores e, por fim, dos judiciários.

Uma vez que o cidadão perceba-se desatendido em seus direitos, ainda que estes não estejam explícitos no corpo das Leis, o termo "dignidade da pessoa humana" funciona como um guarda-chuva capaz de embasar a pretensão de movimentar o próprio Estado para exigir deste a prestação pretendida. Este fato, obviamente, amplia o leque de possibilidades de reivindicações, o que faz com que, por um lado, o

Judiciário veja-se sobrecarregado de ações e, por outro, o Administrativo seja constantemente obrigado a remanejar verbas, fazer novas opções e, muitas vezes, interromper determinados programas.

## 7.5 A ORIGEM DA TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

A teoria do Mínimo Existencial também encontra sua origem na doutrina jurídica alemã, tal como a da Reserva do Possível, e é baseada no mesmo artigo constitucional, que serviu, em um caso, para fundamentar a ideia de que é preciso haver razoabilidade no pedir, em função das naturais limitações do Estado, especialmente as de ordem financeira, e, em outro, para afirmar o princípio de que todo ser humano, por merecer uma vida digna, deve obter do Estado Social uma garantia de que tenha condições mínimas de existência. KREL (2002, p. 61) descreveu o processo em seu país:

a Corte Constitucional alemã extraiu o direito a um 'mínimo de existência' do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1, I, da Lei Fundamental) e do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistemática junto ao princípio do Estado Social (art. 20, I, da LF). Assim, a Corte determinou um aumento expressivo do valor da 'ajuda social' (Sozialhilfe), valor mínimo que o Estado está obrigado a pagar a cidadãos carentes. Nessa linha, a sua jurisprudência aceita a existência de um verdadeiro Direito Fundamental a um 'mínimo vital'.

Retomamos então a leitura da Carta Constitucional, invocada pelo Ministro Celso de Mello, para verificarmos que o Artigo 3º, Inciso III, que trata igualmente dos Direitos Fundamentais, ainda que os abrigue sob a afirmação genérica - e, portanto, capaz de gerar controvérsias -, de "objetivos", traz como suposta obrigação governamental "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais".

É neste contexto, certamente, que se originaram as atuais políticas públicas de inclusão, entre as quais os programas Bolsa-família e Minha Casa, Minha Vida. Os benefícios do Bolsa-família vão desde o básico de R\$ 77,00 até o máximo de R\$ 336,00, para famílias que possuam crianças e jovens matriculados em escolas – embora tais benefícios tenham sido, em algumas situações, ampliados pelo programa



Brasil Carinhoso –, donde se conclui que o Governo Federal entende que o mínimo para que uma família viva com dignidade corresponde a R\$ 77,00 mensais, valor bastante próximo daquilo que a Organização das Nações Unidas (ONU) definiu como limite para a extrema pobreza de uma única pessoa, que é de aproximadamente um dólar por dia.

Aliás, a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no artigo 25, aponta que toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem-estar e de sua família, o que representa, em outras palavras, o direito a um mínimo capaz de proporcionar uma vida digna.

## 7.6 A APLICAÇÃO DA TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL NO BRASIL

A consequência natural é que os entes acionados reajam, tentando barrar a enxurrada de decisões contrárias que lhes interrompe o fluxo normal das atividades, programas de ações e investimentos.

A alegação natural, nestes casos, ainda que possa não grifar o termo, está ligada à teoria da reserva do possível, nem sempre acolhida pelos Juízes e Tribunais. O Professor alemão Andreas Krell, radicado há mais de duas décadas no Brasil, tece o seguinte argumento para evitar a tese da impossibilidade econômica de realização dos direitos sociais fundamentais (2002, p. 108):

Há um paradoxo: vários autores brasileiros tentam se valer da doutrina constitucional alemã para inviabilizar um maior controle das políticas sociais por parte dos tribunais. Invocando a autoridade dos mestres germânicos, estes autores alegam que os direitos sociais deveriam também no Brasil ser entendidos como “mandados”, “diretrizes” ou “fins do Estado”, mas não como verdadeiros Direitos Fundamentais. Afirmam que – seguindo a ‘linha alemã’ – seria teoricamente impossível construir direitos públicos subjetivos a partir de direitos sociais e que o Poder Judiciário não estaria legitimado para tomar decisões sobre determinados benefícios individuais. Essa interpretação é duvidosa e, na verdade, não corresponde às exigências de um Direito Constitucional Comparado produtivo e cientificamente coerente. Não podemos isolar instrumentos, institutos ou até doutrinas jurídicas do seu manancial político, econômico, social e cultural de origem.

KREL (2002, p. 108-109), tece então uma comparação entre as realidades sociais dos dois países, atentando para o fato de que as mazelas que acometem os brasileiros são bastante graves e que, se o mesmo se passasse na Alemanha, ao certo os doutrinadores exigiriam igualmente atitudes do Poder judiciário.

Devemos nos lembrar também que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos. Na Alemanha – como nos outros países centrais – não há um grande contingente de pessoas que não acham uma vaga nos hospitais mal equipados da rede pública; não há a necessidade de organizar a produção e distribuição da alimentação básica a milhões de indivíduos para evitar sua subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário de ‘assistência social’ que recebem etc. Temos certeza de que quase todos os doutrinadores do Direito Constitucional alemão, se fossem inseridos na mesma situação sócio-econômica de exclusão social com a falta das condições mínimas de uma existência digna para uma boa parte do povo, passariam a exigir com veemência a interferência do Poder Judiciário, visto que este é obrigado de agir onde os outros Poderes não cumprem as exigências básicas da constituição (direito à vida, dignidade humana, Estado Social).

O princípio fundamental do Mínimo Existencial ou da Existência Digna não é respeitado nem efetivado pelo Estado brasileiro, ainda nos dias atuais, embora já tenha se passado mais de vinte e seis anos da promulgação da Constituição Cidadã de 1988. Portanto, a alegação estatal da Reserva do Possível face às suas próprias omissões inconstitucionais não deve ser aceita pelo Poder Judiciário, mormente quando relacionado ao descumprimento dos direitos sociais fundamentais, como a não efetividade da saúde pública no Brasil.

## 7.7 A JUDICIALIZAÇÃO EMBASADA NA TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

No Recurso supracitado, o Ministro Celso de Mello assim expõe a doutrina:

A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição

da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental.

Um Projeto de Lei do Senado, destinado a alterar a redação da Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, conhecida como Código de Direito do Consumidor - CDC, cita sete vezes o termo "mínimo existencial", mas parece ter excluído a seguinte definição, sugerida pelas professoras Cláudia Marques, Clarissa Lima e Káren Bertoncello, em texto preliminar apresentado em 2010:

Mínimo existencial: quantia capaz de assegurar a vida digna do indivíduo e seu núcleo familiar destinada à manutenção das despesas mensais de sobrevivência, tais como água, luz, alimentação, saúde, educação, transporte, entre outros.<sup>4</sup>

Logicamente, há que se considerarem as condições socioeconômicas de cada nação, estado ou município, tanto no momento da elaboração das políticas públicas quanto no ato de decidir pela obrigatoriedade de prestação de algum atendimento que gere despesa extra ao ente.

A própria noção de mínimo existencial varia de região para região, sendo menos exigente em países subdesenvolvidos ou sob conflito bélico, por exemplo, em comparação com os chamados países de primeiro mundo. É preciso, em primeiro plano, que cada nação seja capaz de reconhecer os limites que lhe são aceitáveis para que se defina o que representa uma vida digna e, a partir desta noção, estabelecer os critérios pelos quais se prestará assistência.

---

<sup>4</sup> PINTO, Marcos José. O superendividamento do consumidor no Brasil. Artigo. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-superendividamento-do-consumidor-no-brasil,29370.html>>. Acesso em 28 Nov. 2014.

A diversidade de interpretações, no entanto, indica que a jurisprudência pátria não foi ainda capaz de solucionar a questão do mínimo existencial. A professora Doutora Ana Paula de Barcellos (2001, p. 245-246) leciona que:

Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

Tal como certos conflitos bélicos, a controvérsia parece estar fadada a não ter solução simples nem tampouco rápida, embora seja evidente a relação entre o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a condição do mínimo existencial, bem como a possibilidade, se não obrigatoriedade, de que o Judiciário resolva as ações baseado em critérios que garantam ao cidadão a manutenção de seu direito à saúde, educação, segurança e ao trabalho.

## 8 INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA EFETIVAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE

De modo geral, é possível afirmar que o crescimento do número de ações judiciais interpostas por usuários do Sistema Único de Saúde tem sido motivo de preocupação para os gestores de todos os níveis de governo. No âmbito regional, uma monografia produzida para a Faculdade de Farmácia da UFBA, em 2006<sup>5</sup>, apontou que no ano de 2002 apenas uma ação foi movida no município de Salvador, com vistas a garantir judicialmente o fornecimento de medicamentos. No ano seguinte, porém, consideradas as ações judiciais e os processos administrativos, este número aumentou para 13 ações, passando para 87 em 2004, 166 em 2005 e 264 em 2006.

Uma análise mais atualizada dos dados mostrou-se substancialmente limitada, especialmente em função da não disponibilidade de dados de modo informatizado ou sistematizado, tanto por parte dos tribunais quanto das secretarias de saúde municipal ou estadual. Um entrave comum é o fato de que as demandas, muito embora sejam decididas liminarmente, costumam prolongar-se ao longo dos anos, até que o mérito seja julgado, fazendo com que ações interpostas em anos diversos acumulem-se nas mesas dos julgadores. Assim, fortaleceu-se o propósito de avaliar qualitativamente a evolução das decisões judiciais, a fim de verificarem-se as tendências evolutivas e as sedimentações de entendimentos e suas argumentações e bases jurisprudenciais.

### 8.1 OS CASOS PIONEIROS DE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Um caso significativo, ocorrido no início dos anos noventa, em Sorocaba, São Paulo, é exemplo de situação em que uma decisão judicial abre precedente de tal forma impactante para a sociedade que a medida passou a ser adotada rapidamente pelo

---

<sup>5</sup> Conceição Filho JN, Domingues ASP. Acesso a medicamentos por via judicial e processos administrativos: um estudo sobre seu impacto na gestão da assistência farmacêutica no município de Salvador-BA, 2006

Ministério da Saúde. Trata-se do caso de Luciane Aparecida de Conceição, nascida em 23 de outubro de 1987, já portando o vírus da AIDS, que sua mãe contraíra ao receber uma transfusão de sangue contaminado, no oitavo mês de gestação.

A mãe de Luciane adoeceu rapidamente e morreu pouco depois, tendo rejeitado a criança, que foi então adotada, mas a menina passou a sofrer com excessivas internações por doenças como tuberculose, pneumonia, anemia e feridas pelo corpo.

A médica infectologista Rosana Maria Paiva dos Anjos, que a tratava, receitou então o coquetel anti-retroviral (d4T, 3TC e Ritonavir), como condição de sobrevivência, mas a receita não foi acatada pela secretaria de saúde, o que levou os familiares a interporem uma ação judicial. Este caso ganhou repercussão mundial pelo fato de que Luciana foi a primeira criança no mundo a receber o coquetel antiviral.

Com o uso do coquetel, Luciane recuperou-se e levou uma vida considerada normal, tendo mesmo chegado a casar-se e gerado uma filha, Ana Vitória, 2008, nascida sem o HIV. Pouco tempo depois, infelizmente, Luciana decidiu, por conta própria, abandonar o tratamento, vindo a falecer, vitimada pela AIDS, em 2012, sem que houvesse sido concluída a ação contra o hospital em que ela e a filha nasceram, movida por conta do erro médico que vitimou sua mãe e a afetou por toda a vida.

Neste caso, particularmente, o Ministério da saúde percebeu rapidamente a importância da inclusão das crianças entre os habilitados a receberem o coquetel, o que colaborou para a diminuição das situações em que os cidadãos certamente seriam obrigados a recorrerem ao judiciário para verem atendidas suas necessidades.

Nem todos os casos, porém, conduzem a tais decisões. Há exemplos para todos os parâmetros, a maioria evidenciando a incapacidade da pessoa ou dos familiares para suportarem as despesas decorrentes de um tratamento, mesmo que simples.

## 8.2 O PACIENTE MAIS CARO DO MUNDO

Também há, em contraponto, tratamentos excessivamente dispendiosos, alguns inclusive experimentais, capazes de levantar suspeitas acerca de sua eficácia

ou mesmo dos propósitos de quem os prescreve. Em março de 2012 a revista Época publicou reportagem sobre o brasileiro que recebe o tratamento mais caro do mundo, em que a jornalista Cristiane Segatto assim descreve:

Quem acompanha o tratamento médico de Rafael Notarangeli Fávaro – um rapaz de 29 anos formado em gestão ambiental – se convence de que o sistema público de saúde no Brasil é um dos melhores do mundo. Sábado sim, sábado não, ele entra sozinho no próprio carro, um Meriva financiado, e dirige os 84 quilômetros que separam São José dos Campos de São Paulo. Sente-se tão bem-disposto que nem sequer precisa de acompanhante. É atendido com presteza e simpatia quando chega ao Hospital Sírio-Libanês, a instituição de elite famosa por cuidar da saúde das celebridades e dos figurões da República.

No 2o andar, Rafael é instalado numa confortável poltrona de couro para receber, numa veia do braço direito, uma dose do tratamento mais caro do mundo. De acordo com um ranking elaborado pela revista americana Forbes, nenhum tratamento clínico é tão dispendioso quanto usar o medicamento Soliris (eculizumab) para amenizar as complicações de uma forma raríssima de anemia, denominada hemoglobinúria paroxística noturna (HPN), causadora de vários problemas que podem levar à morte. O Soliris ainda não é vendido no Brasil. Importado, vem em pequenos frascos.

A jornalista salienta que cada tratamento consiste na aplicação de três frascos, ao custo, na época, de R\$ 35.000,00 a cada quinzena, ou 70.000,00 por mês, o que contabiliza mais de R\$ 800.000,00 por ano. Há ainda um detalhe importante: como a maioria dos remédios dispendiosos e que, portanto, geram altos lucros aos laboratórios e fornecedores, o Soliris não cura, e precisa ser ministrado pelo resto da vida:

O remédio não cura, mas melhora a qualidade de vida. Se Rafael quiser continuar levando uma rotina normal, precisará receber o Soliris para sempre. Vida normal, no caso dele, significa acordar cedo e trabalhar em horário comercial numa empresa que faz geoprocessamento de imagens de satélite. No final do dia, voltar para casa a tempo de jantar com a mulher, Fabiana, no pequeno apartamento de São José dos Campos emprestado ao casal pelos pais dele. Rafael não precisa se preocupar com o aluguel. Nem com as despesas de seu tratamento. Em cinco anos, os gastos (apenas com o medicamento) ultrapassarão os R\$ 4 milhões. Quem paga é o SUS, o Sistema Único de Saúde. Religiosamente. Sem atraso. Como ele conseguiu isso tudo? Como milhares de outros doentes em todo o Brasil, Rafael entrou na Justiça com uma ação contra o governo estadual.

A questão, é claro, é bastante complexa, porque a HPN decompõe rapidamente os glóbulos vermelhos, causando anemia grave e, no caso de Rafael, dores

abdominais, necrosia em parte do intestino, necessidade de transfusões sanguíneas, impossibilidade de trabalhar normalmente e inclusive uma trombose.

Mas há tratamento alternativo, ainda que arriscado: o transplante de medula, um processo que custa ao SUS em torno de R\$ 50.000,00 e é o único método capaz de curar a HPN, embora possa causar complicações sérias e mesmo provocar a morte do paciente.

No entanto, Rafael soube em seguida que pessoas em sua condição poderiam viver razoavelmente bem com o tratamento mais caro do mundo, pois, ainda que o Soliris não cure, diminui os sintomas da doença e a destruição dos glóbulos vermelhos. Como Rafael não possuía condições de bancar o tratamento, os amigos o incentivaram a pleiteá-lo pela via judicial. Cristiane relata:

Um médico de São José dos Campos o encaminhou à capital para ser atendido de graça pelo hematologista Celso Arrais Rodrigues, do Sírío-Libanês. Rodrigues explicou como o Soliris funcionava e indicou uma advogada que entrara com ações contra a Secretaria Estadual de Saúde em nome de outros pacientes. Rodrigues afirma que decidiu cuidar de Rafael e de outros pacientes de HPN sem cobrar nada, por mero interesse científico. Graças a Rodrigues, eles foram incluídos no programa de filantropia do Sírío-Libanês e, por isso, o tratamento inteiro é feito no hospital cinco estrelas.

Mas a filantropia tem seu valor moral diminuído significativamente quando se percebe que o Sírío-Libanês recebe, pela ação, isenção de impostos federais, o que transfere a conta desta suposta benemerência para o contribuinte (leia-se: pagador de impostos).

### 8.3 OS INTERESSES SUSPEITOS

A desconfiança aumenta ainda mais quando se descobre que o interesse científico do médico é apoiado pela fabricante do medicamento, a americana Alexion, que o paga para dar palestras sobre a doença e o seu tratamento. E a cadeia não termina aí: o doutor indicou a Rafael (e a dezenas de outros pacientes) a advogada Fernanda Tavares Gimenez, que afirma cobrar R\$ 5.000,00 de cada paciente, mas que



é remunerada pela Associação Brasileira de HPN, uma ONG que igualmente recebe verbas da fabricante do remédio.

Segundo a reportagem, em 2011 "o governo estadual foi obrigado a fornecer o Soliris a 34 pacientes. Fernanda foi a advogada de 28 deles". O então Secretário de Saúde do Estado de São Paulo, Giovanni Guido Cerri, afirmou à reportagem: "Isso virou uma grande indústria. Alguns médicos recebem estímulos do fabricante (viagens, benefícios) para prescrever medicamentos de alto custo. As empresas financiam as ONGs de pacientes e a isso tudo se associam os advogados".

Rafael, assim como os demais pacientes que recebem este e outros tratamentos caros, têm, obviamente, pontos de vista diferentes, especialmente porque são suas vidas que estão em jogo. Mas isso levanta outra controvérsia, advinda de cálculos que apontam que os valores despendidos nestes tratamentos poderiam bancar outros, mais simples, baratos e eficazes, atingindo um público alvo substancialmente maior. A questão envolve um dilema muito sério: a quem cabe decidir quem vive ou morre?

#### 8.4 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

No tocante ao tema específico deste trabalho, que é a judicialização de políticas públicas de saúde referentes ao fornecimento de medicamento de alto custo e a reserva do possível, foi possível verificar que, de modo geral, nestas questões tem sido reservado ao judiciário este tipo de decisão. Mas é preciso avaliar que nem sempre os magistrados dispõem de elementos suficientes para analisar a questão como um todo. A advogada Fernanda Gimenez, por exemplo, afirma não ter causa perdida, pois "a estratégia é insistir no argumento da urgência e sustentar que, sem o remédio, a morte do paciente é iminente".

As consequências são óbvias e inevitáveis. Cada órgão público que se vê obrigado a fornecer gratuitamente um remédio caro a um paciente, sem que houvesse previsão anterior para a despesa, precisa retirar o dinheiro de algum lugar, e isso vai afetar as finanças do órgão e do Governo a que estiver ligado. Centenas ou milhares de

governados serão ao fim prejudicados, porque faltará verba para atender às suas necessidades. André Medici (ano), economista sênior do Banco Mundial, em Washington, afirmou à reportagem:

Os recursos para cumprir as demandas judiciais saem do orçamento público para ações prioritárias, como a prevenção básica de problemas de saúde entre os mais pobres. As demandas judiciais aumentam a iniquidade do sistema de saúde e diminuem a qualidade de vida dos que detêm menos recursos.

Em 2010 o Estado de São Paulo tinha previsão de gastar R\$ 1.500.000.000,00 com a distribuição regular de medicamentos. Quase a metade deste valor, porém (R\$ 700.000.000,00), foram utilizados para atender as demandas de 25.000 pacientes, numa média de R\$ 28.000,00 por pessoa. O restante deveria ser suficiente para atender mais de quarenta milhões de cidadãos paulistas.

## 9 A EVOLUÇÃO DOS JULGADOS

As normas constitucionais relativas aos direitos sociais foram produzidas em favor do ser humano, em face de sua relação social, especialmente frente ao Estado, visando à promoção de uma vida digna. Nas situações em que o Estado percebe que o cidadão descumpra os preceitos nelas contidos, obstando um seu semelhante a usufruir livremente de seus direitos, aciona seus mecanismos (poder de polícia, administrativo, judiciário, etc.) a fim de fazer prevalecer a Lei. Do mesmo modo, quando um cidadão percebe-se aviltado, tem a prerrogativa de acionar a máquina do Estado para igualmente fazer valer seus direitos. A este processo dá-se o nome de coercitividade, ou seja: o agressor é coagido a interromper sua ação e, quando previsto na Lei, ressarcir a contraparte pelo dano causado.

### 9.1 O PODER DA NORMA

As normas constitucionais têm natureza jurídica, porque são parte da Lei maior da nação, sendo que os direitos sociais por ela garantidos geram direitos subjetivos legítimos, cabendo ao Poder Judiciário intervir nas controvérsias, inclusive quando o agente causador do dano for o próprio poder estabelecido, seja por ação ou omissão. Em síntese: se o Estado não cumpre as normas constitucionais garantidoras de direitos sociais fundamentais, o cidadão pode fazer uso do próprio Estado para exigir deste o cumprimento da Lei.

Este estado de coisas, no entanto, em nosso país, é bastante recente, dado que até recentemente muitas normas eram vistas como “intenção” do poder instituído em promover o bem estar social, sendo consideradas, no mais das vezes, como normas discricionárias, não cabendo ao Judiciário interpretá-las de modo diverso. Atualmente, porém, o Artigo 5º da Constituição Federal da República, Inciso XXXV, determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Assim, tem-se que a Justiça Federal Comum é o Órgão Judiciário competente para processar e julgar os casos relativos ao fornecimento de medicamentos de alto custo, quando a União for demandada.

O entendimento majoritário é de que estas ações não possuem conteúdo econômico, por não visarem obter proveito econômico, sendo igualmente os Juizados Especiais Federais competentes para processar e julgar tais demandas que envolvam a União.

## 9.2 O CONTEÚDO ECONÔMICO DAS AÇÕES

Na sentença abaixo, proferida em 23 de setembro de 2009 pelo Doutor, Dirley da Cunha Júnior, percebe-se tanto a descaracterização do conteúdo econômico da causa quanto a sustentação da competência do Juizado Especial Federal para julgar tais processos:

Com efeito, o óbice processual sustentado pelas rés, com base na complexidade da causa, não pode prosperar. Com efeito, complexa ou não a demanda, isso não é razão para obstar o acesso do cidadão ao procedimento abreviado e célere dos Juizados Especiais Federais. Aliás, a base ideológica dos Juizados Especiais reside no oferecimento ao cidadão de uma prestação jurisdicional mais efetiva e rápida, como vem a ocorrer na espécie.

Não se alegue, por outro lado, que os medicamentos pretendidos são de alto custo, em importância superior a 60 salários mínimos, pois a presente ação não tem conteúdo econômico. Tampouco se argumente que os medicamentos devem se submeter à perícia judicial para o teste de sua eficácia. Ainda que houvesse necessidade de perícia, o que não é o caso, haja vista residirem nos autos relatórios médicos sérios que atestam a eficiência do fármaco, tal circunstância também não impediria a competência dos Juizados Especiais.

O Juiz foi taxativo ao afirmar que a ação não possui conteúdo econômico. Ocorre, no entanto, que a sua respeitável decisão tem consequência econômica, porque o medicamento a ser fornecido terá um custo, como explica Flávio Galdino, pois representará despesa não prevista ao órgão administrativo em julgamento. Não se trata, obviamente, de discordar da afirmação do douto magistrado, mas unicamente de avaliar as consequências das decisões do gênero.

A reportagem de Cristiane Segatto para a revista *Época* apontou que no ano de 2005, o Ministério da Saúde apareceu como réu em 387 ações que visavam ao atendimento de algum direito não atendido. Como resultado, teriam sido despendidos cerca de R\$ 2.400.000,00 em função das demandas daqueles cidadãos.

No ano de 2011, um lapso temporal de apenas seis anos, o número destas ações disparou para aproximadamente 7.200, gerando despesas da ordem de 243.000.000,00. Nem todas as ações são propriamente para reivindicar o fornecimento de medicamentos. Há de tudo um pouco, desde o pedido por tratamentos médicos específicos até a solicitação de próteses, cadeiras de roda, fraldas, leite em pó e alimentos.

### 9.3 AS CONSEQUÊNCIAS ECONÔMICAS DAS AÇÕES

A União Federal, em decorrência do Ministério da Saúde, não é o polo mais comum nas ações do tipo. Como a responsabilidade é solidária entre os entes federativos e o SUS concentra a maior parte de suas ações nos próprios municípios, que é onde o cidadão vai procurar os recursos e os vê negados, o mais comum é que se acionem os Estados e os Municípios, em virtude das suas Secretarias de Saúde respectivas, nem sempre conjuntamente.

Nem todos os juízes proferem sentenças favoráveis aos demandantes, mas quando isto ocorre o efeito é imediato, devendo a determinação ser cumprida com celeridade, sob risco, inclusive, de prisão do responsável pelo órgão.

Isso gera um problema administrativo nem sempre de fácil solução. Toda verba gasta precisa ter uma origem, especialmente em se tratando de verba pública. De modo geral, as políticas públicas de assistência à saúde são estabelecidas segundo critérios amplamente discutidos, afeitos à capacidade de caixa de cada ente federativo. Tais decisões são embasadas em perspectivas de ampliação máxima das possibilidades de prestação de assistência, visando a abranger o maior número possível de situações e pessoas. Mas são decisões que precisam ser estabelecidas e, uma vez firmadas, as possíveis interferências fatalmente vão prejudicar o andamento das ações.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Edson Vidigal, apresentou em 2005 considerações acerca desta problemática, ao relatar a Suspensão de Tutela Antecipada Nº 81 - SC:

Com efeito, compete à Administração Pública, através da aplicação e critérios médicos-científicos, fixar e autorizar os tratamentos e remédios que devem ser fornecidos a população no País, buscando garantir a segurança, a eficácia terapêutica e a qualidade necessárias.

Tal atividade envolve uma gama de procedimentos técnicos e de caráter oficial, inerentes à política nacional de saúde e realizados por diversos órgãos governamentais, objetivando restringir a possibilidade de riscos graves aos pacientes e, sempre que viável, uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de que seja atingido o maior número possível de beneficiários.

Dessa forma, a decisão liminar reclamada, a meu sentir, efetivamente afronta a ordem administrativa, na medida em que interfere em matéria de política nacional de saúde, de seara exclusiva da Administração Pública.

Por outro lado, também tenho configurada a potencialidade lesiva à própria saúde pública, uma vez que a liminar privilegia os pacientes necessitados do fornecimento indiscriminado de prótese e de cirurgia para esse fim, podendo inviabilizar a realização de outros tratamentos a população carente.

Em todo o caso, as demandas sempre serão maiores do que as receitas, e eventualmente algum órgão se verá diante da impossibilidade de cumprir a decisão judicial. De acordo com a reportagem da Revista Época, os advogados acreditam ser mais fácil vencer uma ação contra gestores de esferas inferiores. O secretário estadual da saúde de São Paulo em 2012, Giovanni Guido Cerri, dá conta de que os gastos com as ações judiciais cresciam à média de R\$ 200.000.000,00 por ano, valor que, segundo ele, “daria para construir um hospital novo por mês”.

O SUS disponibiliza a Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES), que compreende todas as ações e serviços que oferece ao usuário que lista remédios para combater a maioria das doenças que acometem a população brasileira. Também mantém uma lista excepcional de remédios, quase todos de alto custo e compostos de novas drogas, produzidas para tratar algumas doenças raras e outras para combater enfermidades resistentes, como o câncer, por exemplo. A inclusão de um novo medicamento na lista, no entanto, é um procedimento

relativamente demorado, dependente, inclusive, da comprovação de sua eficácia e da aprovação pelos órgãos responsáveis.

Por conta dessa demora, a recomendação de uso de um medicamento não incluso nas listas inevitavelmente conduz a uma ação judicial. As pretensões dos pacientes, naturalmente, são justas e fundamentadas na crença na expectativa que têm os médicos em seus resultados, algo que também acaba servindo de parâmetro para as decisões judiciais, especialmente porque o Juiz não detém condições técnicas para avaliar a eficácia do medicamento, como tampouco pode prever possíveis efeitos nocivos que o seu uso possa acarretar. Assim, nem todas as pretensões são atendidas, seja porque o magistrado julgue o impacto negativo que o acolhimento da demanda possa causar na sociedade, seja porque não confie na eficácia do tratamento, ou porque anteveja algum possível interesse monetário na prescrição do fármaco.

O ex-presidente do STF, Ministro Joaquim Barbosa, atuando em 2012 como relator do Agravo Instrumental AI 550.530-AgR, teceu a seguinte consideração:

Consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que, embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do Estado e do Município providenciá-lo.

No estado do Rio Grande do Norte, no entanto, o juiz Airton Pinheiro negou, no mesmo ano, a solicitação de uma cidadã que pretendia receber o fármaco Soliris, sob o argumento de que o SUS já oferecia um tratamento indicado para o seu problema, que é o transplante de medula, além de que o fornecimento do remédio, ainda que a um único paciente, seria capaz de causar um abalo financeiro no orçamento da saúde do Estado, o que prejudicaria toda a coletividade local.

Ao mesmo tempo, o Judiciário do Ceará determinou o fornecimento do remédio a quatro pessoas. O então supervisor do setor responsável pelo controle do fornecimento de remédios de alto custo na Secretaria de Saúde do Estado, Einstein Nascimento, calculou que o valor necessário para atender às decisões judiciais, apenas

para estes quatro casos, correspondia a dois terços do montante destinado à aquisição da lista básica de medicamentos para toda a população da capital.

Toda ação judicial que visa ao fornecimento de medicamento de alto custo abriga em si um dilema, consistente na problemática existente entre o atendimento a uma demanda particular em detrimento de uma ação coletiva. Cristiane Segatto relata:

Nos pequenos municípios, as decisões podem ser arrasadoras. É o caso de Buritama, uma cidade de 15 mil habitantes no interior de São Paulo. O orçamento do município para fornecimento de remédios é de R\$ 650 mil por ano. No ano passado (2011), mais da metade foi destinada apenas ao cumprimento de demandas judiciais. Um único paciente pediu na Justiça – e ganhou – uma cirurgia de implante de eletrodos para amenizar o mal de Parkinson. Preço: R\$ 108 mil. “Todos os pacientes que entraram na Justiça ganharam a causa. E o Judiciário nem mandou o Estado compartilhar os gastos conosco”, diz Nancy Ferreira da Silva Cunha, secretária de Saúde de Buritama. “Essas ações estão acabando com os pequenos municípios.”

O alto custo dos medicamentos, a despeito das necessárias despesas com pesquisas, faz levantar a suspeita de que os maiores beneficiados com as ações, antes mesmo dos pacientes, são os seus fabricantes. A americana Alexion, como relatamos, mantém relações bastante suspeitas tanto com a classe médica quanto com advogados, mas se negou a prestar informações sobre suas atividades no país.

Segundo a reportagem, “cada país age de uma forma. Na Inglaterra, o governo garante o Soliris apenas aos pacientes que tenham recebido pelo menos quatro transfusões de sangue no último ano. Na Escócia, o governo não paga”. Os Estados Unidos têm uma distinção essencial: o sistema público de saúde que atende o público com mais de 65 anos raramente aceita pagar o medicamento, enquanto que “no Canadá, que dispõe de um sistema público de saúde abrangente, apenas uma província (Quebec) garante o Soliris. No Chile e na Argentina, alguns doentes conseguem o remédio ao processar os planos de saúde ou os governos”, afirma.

A controvérsia se amplia ao percebermos que as decisões judiciais levam os órgãos citados a solicitarem verbas suplementares para fornecer medicamentos que a ANVISA não aprovou e para os quais não se tem estudos suficientes. Acaba valendo a palavra do médico, sendo que este, no mais das vezes, não realizou nenhum estudo



específico, mas simplesmente acreditou na propaganda do laboratório do qual, por vezes, recebe algum tipo de benefício.

#### 9.4 A LEGISLAÇÃO E A JURISPRUDÊNCIA

Em 04 de maio de 2000 foi sancionada a Lei Complementar Nº 101, que define normas de responsabilidade na gestão fiscal, tendo servido seu Artigo 24 para justificar a alegada impossibilidade orçamentária de atendimento de pleitos individuais. Diz a Lei:

Art. 24 – Nenhum benefício ou serviço relativo à seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a indicação da fonte de custeio total, nos termos do § 5º do art. 195 da Constituição, atendidas ainda as exigências do art. 17.

[...]

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se a benefício ou serviço de saúde, previdência e assistência social, inclusive aos destinados aos servidores públicos e militares, ativos e inativos, e aos pensionistas.

A Audiência Pública nº 4, realizada pelo STF em 31 de março de 2010, então sob a presidência do Ministro Gilmar Mendes, deu origem à Recomendação n.º 31 do CNJ, dirigida aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais no sentido de que, entre outras providências,

- a) até dezembro de 2010 celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais;
- b) orientem, através das suas corregedorias, aos magistrados vinculados, que:
  - b.1) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata;
  - b.2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;
  - b.3) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência;

A Lei 12.401, que entrou em vigor em outubro de 2011, alterou a Lei 8.080, que gerou o SUS, e tentou estancar a enxurrada de decisões judiciais que interferem nos programas públicos de assistência médica e farmacêutica, ao determinar, em seu Artigo 19-T, “em todas as esferas de gestão do SUS”:

- I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA;
- II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa.

A questão é que dificilmente as decisões dos Tribunais abarcarão a atitude esperada com esta redação, especialmente por conta da contradição entre cumpri-la e descumprir o preceito constitucional do Princípio da Dignidade Humana, da mesma forma como a maioria das decisões costuma salientar a defesa do mínimo existencial ou existência digna em detrimento da teoria da reserva do possível.

O professor Dirley leciona que a “Emenda Constitucional nº 86, de 17 de março de 2015”, alterou os arts. 165, 166 e 198 da Constituição Federal de 1988, para tornar “obrigatória” a execução de emendas individuais dos parlamentares ao projeto de lei orçamentária, até o limite de 1,2% da receita corrente líquida prevista no projeto encaminhado pelo Poder Executivo, sendo que a metade deste percentual deve ser destinada a ações e serviços públicos de saúde. Em outras palavras, a EC 86 torna “impositiva” a execução das emendas dos parlamentares ao Orçamento da União, de modo que o Poder Executivo está obrigado a executar as emendas parlamentares ao Orçamento até o limite de 1,2% da receita corrente líquida realizada no ano anterior, salvo nos casos dos impedimentos de ordem técnica. Outra alteração digna de nota, foi a fixação de um percentual mínimo de 15% da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, que a União deve aplicar na saúde. Antes, apenas os Estados e Municípios tinham percentuais fixos, previstos na lei complementar nº 141/2012 que regulamentou a EC 29, para a destinação de recursos para a saúde: 12% para os Estados e 15% para os Municípios. Porém, esse aumento da aplicação do mínimo percentual da União na saúde, segundo a EC 86, ocorrerá de modo escalonado (aplicação mínima de 13,2%, em 2014; de 13,7%, em 2015; de 14,1%, em 2016; de 14,5%, em 2017; e de 15%, em 2018).

A Emenda Constitucional 86 entrou em vigor na data de sua publicação, mas produzirá efeitos a partir da execução orçamentária do exercício de 2014.

O Estado, por sua vez, não pode se escusar de cumprir o fornecimento de medicamentos de alto custo aos indivíduos necessitados por alegação da estrita limitação orçamentária anual, pois o Poder Público possui capacidade econômica e financeira global que pode ser utilizada em tais situações. O Poder Judiciário pode determinar esta prestação positiva do Estado, sob o fundamento da capacidade econômica estatal que é muito mais ampla que a sua própria capacidade orçamentária anual. Inclusive, o Poder Judiciário pode determinar que os recursos financeiros utilizados pelo Estado para publicidade e propaganda política do seu governo sejam transferidos para a prestação social do direito à saúde, em especial ao fornecimento de medicamentos de alto custo. Neste caso, portanto, a alegação do poder discricionário do Estado não seria procedente, pois o Judiciário pode determinar tais medidas vinculadas aos direitos fundamentais sociais dos cidadãos.

## **10 O ATIVISMO JUDICIAL COMO UMA NECESSIDADE À EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PARA FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO**

Atualmente exercendo as funções de Ministro do STF, Luis Roberto Barroso (2009, p. 3) explica que "*Judicialização* significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo".

O Professor Dirley da Cunha Júnior, (2008, p. 668) por sua vez, leciona que

O controle judicial das omissões do poder público dar-se-á pela via da jurisdição constitucional, aqui entendida como a função judicial exercida para tutelar, manter e controlar a supremacia da Constituição, pouco importando o órgão jurisdicional que o exerça.

É válido salientar que, por entender ser tarefa do Judiciário, atribuída na própria Constituição, defender sua supremacia, Dirley (2008, p. 667-668) defende uma revisão da teoria da separação dos Poderes, almejando uma nova compreensão, pela qual

O Poder judiciário possa, para se desincumbir de suas novas responsabilidades sociais, efetivar diretamente os direitos fundamentais sociais e, de resto, todas as normas constitucionais, assumindo posição de criatividade e ativismo perante a Constituição, extraindo dela, à exaustão, todas as suas potencialidades e suprimindo, se necessário, eventual omissão do poder público, seja ela de natureza legislativa ou administrativa.

Ambos os autores, apontam que o sistema de controle de constitucionalidade, em nosso país, segue tanto o modelo americano quanto o europeu, sendo que é lícito a qualquer magistrado deixar de aplicar uma lei, em caso específico a ele submetido, caso a julgue inconstitucional, bem como o STF pode ser diretamente suscitado a decidir acerca de inconstitucionalidade de determinada norma, através de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) ou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn).

Todos estes processos, para os quais foi solicitada uma intervenção do Poder Judiciário, especialmente quando envolvem questões sociais, são catalogados entre o que se definiu como Judicialização de políticas públicas.

Tratam-se, no entanto, de casos para os quais a intervenção foi solicitada, e em que o Judiciário apontou uma direção porque esta era sua incumbência, atribuída na própria Constituição Federal. O ativismo judicial, por sua vez, refere-se a uma escolha de um ponto de vista, uma opção por um modo de interpretar a Constituição, de forma a ampliar o alcance das normas. Na visão de BARROSO (2009, p. 6),

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

É exemplo de ativismo judicial a determinação, pelo STF, de que uma vaga para cargo eletivo pertence ao partido e não ao candidato eventualmente eleito, visto que tal decisão importou em gerar uma nova forma de perda de mandato, não expressa na Constituição, bem como o modo mais conhecido, alvo deste trabalho, que é a determinação de fornecimento de medicamentos de alto custo ou de tratamentos, mesmo que estes envolvam drogas ou terapias experimentais.

BARROSO (2009, p. 17), explica que o ativismo judicial

expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, *passar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso.

Há riscos, porém, em se tratando de ativismo judiciário, elencados por Barroso em três categorias: “a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias” (2009, p. 17).

Certas decisões têm efeitos políticos, ou interferem nas políticas governamentais, e os juízes não são eleitos, mas tal empecilho é solucionável com a estrita observação das próprias normas constitucionais, sem extrapolá-las, ainda que se as reinterprete.

Em decisão proferida em 23 de setembro de 2009, nos autos do Processo 2009.33.00.909786-3, Dirley da Cunha Júnior apresenta um arrazoado encadeado em sucessivas argumentações que vêm a fundamentar sua decisão de determinar o atendimento da solicitação de fornecimento de medicamentos, iniciando por esclarecer que a saúde é um direito fundamental social e que o Estado tem o dever de provê-la:

Com efeito, em consonância com a Constituição Federal, a saúde humana é valor que expressa um direito fundamental social, indispensável a prover a pessoa humana de uma existência digna, que impõe ao Estado, o dever jurídico de garanti-lo “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (CF/88, art. 196).

A seguir, fundamentado na indiscutível constatação acerca dos deveres do Estado quanto à promoção da saúde à população, o magistrado expõe a necessidade de judicialização da política pública, sempre que comprovada a negligência do Poder Público no cumprimento das regras constitucionais:

Nada obstante plasmado em norma de cunho programático, o direito à saúde implica para o Poder Público o dever inescusável de adotar todas as providências necessárias e indispensáveis voltadas à sua promoção. Nesse contexto jurídico, se o Poder Público negligencia no adimplemento de seu dever, cumpre ao Poder Judiciário intervir, num verdadeiro controle judicial de política pública, para fazer valer o mandamento constitucional e determinar o suprimento da omissão inconstitucional atribuída aos órgãos de direção política.

Para dirimir possíveis dúvidas acerca da interferência interpoderes, Cunha Júnior faz destacar a necessidade de obediência aos princípios e fundamentos constitucionais:

Longe está o presente raciocínio de vulnerar o princípio da separação de funções estatais, até porque o princípio em tela deve conviver com outros princípios igualmente prestigiados e hospedados na Constituição da República, em especial com o princípio da dignidade da pessoa humana, que, mais do que um princípio, é fundamento ético-político-jurídico sobre o qual se assenta o Estado Brasileiro.

Esclarecendo o papel do Poder Judiciário no caso em estudo, o referido Juiz demonstra tratar-se de omissão que fere a Constituição, indicando o remédio próprio:

Assim, sob o paradigma do contemporâneo Estado Constitucional de Direito, o desenvolvimento dos valores constitucionais e a efetividade dos direitos fundamentais não podem ficar reféns das omissões inconstitucionais do poder público, cumprindo ao Poder Judiciário, no controle dessas omissões, buscar supri-las para garantir a todos existência digna nos ditames da justiça social, concretizando as promessas do Estado do bem-estar social.

O magistrado demonstra, então, precaução ao afirmar que tal procedimento não constitui simples ação de ativismo político, antes tratando-se de dever de atuação:

Não há discricionariedade administrativa ou liberdade de conformação política do legislador quando a Constituição – enquanto expressão normativa máxima e matriz de todas as manifestações normativas do Estado – impõe deveres de atuação aos órgãos de Poder.

Dirley por fim salienta que a finalidade maior, que é a garantia dos direitos fundamentais sociais, espelhada na necessidade de preservação da vida do cidadão, não pode ser rechaçada pela teoria da reserva do possível, pela qual os órgãos demandados tentam furtar-se a cumprir as normas constitucionais.

A vida e a saúde são os bens mais preciosos do ser humano, devendo, pois, obter do Estado prioridade máxima em qualquer esfera de Poder, já que são indispensáveis à garantia do mínimo existencial, frente ao qual não pode ser oposto o temerário argumento da reserva do possível, que, muito distante de ser um princípio, vem sendo irresponsavelmente alegado como arbitrária justificativa para o descumprimento do discurso constitucional.

Ao julgar procedente o pedido, o Juiz cumpre com seu dever, atento ao que determina a Constituição, ainda que seja possível vislumbrar que sua discricionariedade para interpretar as normas pode significar uma atitude ativista. De fato, é desejável que uma nação do porte da nossa seja capaz de estabelecer normas de execução viável, através das quais o Legislativo, coadunado com as aspirações populares, inscreva regras que o Administrativo possa cumprir, evitando a necessidade de que o cidadão recorra ao Judiciário para fazer valer seus direitos. Desta forma, ainda que toda ação social represente uma atividade política, não seria necessária aos juízes a adoção de posturas capazes de gerarem polêmicas.

## 10.1 FORNECIMENTO GRATUITO E REGULAR DE MEDICAMENTO INDISPENSÁVEL A PACIENTES TRANSPLANTADOS NA BAHIA

Esta foi a decisão de tutela antecipada proferida pelo Juiz de Direito, Mário Augusto Albiani Alves Júnior, no dia 30/03/2015, explicando que o medicamento essencial à recuperação da saúde de pacientes transplantados, a ciclosporina deve ser garantida, de forma regular e contínua, aos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS) na Bahia. O juiz atendeu as solicitações apresentadas em ação civil pública proposta pelo Ministério Público estadual, determinando que o Estado da Bahia forneça a ciclosporina, no prazo limite de 15 dias, em todas as dosagens previstas na Portaria nº 1.554/13, do Ministério da Saúde, sob pena de multa diária de R\$ 50 mil (cinquenta mil reais).

Conforme a referida ação, o remédio não estava sendo fornecido de forma regular pelo Estado. Desde de janeiro, foram constatadas interrupções no fornecimento prestado pela rede pública de saúde, que oficiada pelo Parquet estadual, chegou a informar sobre a falta da medicação nas dosagens de 10mg e 25mg. No ano de 2011, o Ministério Público recebeu representação da Associação de Pacientes Transplantados da Bahia e recomendou ao Estado que garantisse o fornecimento regular do medicamento aos usuários do SUS. De acordo com o processo, a ciclosporina é um medicamento imunossupressor que necessita ser dosado, de maneira regular e ininterrupta, pelos pacientes transplantados. A sua interrupção pode levar o paciente a óbito em virtude das complicações decorrentes da rejeição do órgão ou tecido transplantado, conforme destaca a ação, de maneira que para determinadas enfermidades, o transplante de órgãos ou tecidos é a única possibilidade de restabelecimento da saúde. Entretanto, a luta pela sobrevivência não se finda com a cirurgia, já que o receptor do órgão ou tecido inicia, a partir daí, nova batalha, dessa vez para assegurar que o material transplantado não seja rejeitado pelo seu organismo. Essa fase somente pode ser vencida com a utilização de medicamentos imunossupressores, que agem no sistema imunológico com o objetivo de conter a resposta do organismo que leva à rejeição.



## 11 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Artigo 196 da Constituição Federal tem sido, desde a promulgação, alvo de diversos estudos, teses e interpretações, geralmente em busca da elucidação para a questão relativa aos efeitos que deve produzir quanto ao direito à saúde e se o mesmo é capaz de gerar um direito subjetivo à prestação por parte do Estado.

Evidencia-se, quanto ao assunto, a necessária complementação legal à norma constitucional, bem como o estabelecimento de algum consenso quanto às teorias do mínimo existencial e da reserva do possível.

Os direitos fundamentais sociais, como vimos, costumam ser classificados em pelo menos três grupos, sendo o primeiro aquele que abriga as normas que geram ao Estado o dever de abster-se de agir para não prejudicar a pessoa; o segundo, composto de regras que estabelecem em quais casos o Estado deve agir, a fim de garantir oportunidades semelhantes a todos, entre as quais inclui-se a prestação de assistência médica e farmacêutica, e o terceiro abrangendo leis que exigem ação e fiscalização do Estado, além de participação ativa dos agentes sociais, tais como as que visam à proteção do meio-ambiente.

Logicamente, todas as atividades governamentais, especialmente as afeitas ao atendimento dos direitos fundamentais sociais, têm um custo, assim como é óbvio que há limitação nas possibilidades de arrecadação de receitas, o que justifica, ao menos teoricamente, a alegação da reserva do possível, visto que as demandas sempre são maiores que a capacidade de investimento.

Por conta desta limitação, e tendo em vista o caráter aberto de certas normas instituidoras de direitos sociais, é comum que se as interpretem como normas de caráter programático, reveladoras apenas da intenção de agir e não como regras capazes de gerar direitos objetivos.

Ainda nestes casos, porém, caberia a intervenção do Judiciário, constatada a omissão do Estado em estabelecer políticas públicas satisfatórias. De modo geral, aliás,

cabe ao Poder Judiciário intervir nas controvérsias, ainda que uma decisão relativa a um caso particular afete, mesmo que indiretamente, a coletividade.

Uma política pública prevê determinado custo, mas se trata de política coletiva. Uma necessidade particular, por sua vez, é imprevisível, e gera um gasto que é variável de caso a caso e, no mais das vezes, permanente, em se tratando de medicamentos. Além disso, há uma questão adicional: o atendimento à uma necessidade particular significa despende com uma única pessoa mais do que se despende com os demais membros da sociedade, o que pode parecer injusto.

Consubstancia-se, portanto, que a adoção de políticas públicas tem natureza bastante complexa, por envolver critérios de escolha, como opções entre prevenção, proteção ou assistência, por exemplo. É preciso decidir o quanto se aplicará e quem receberá a prestação, preferencialmente baseado em critérios de abrangência máxima, equanimidade e justiça.

Ainda assim, um membro da sociedade, particularmente atingido por um mal que lhe aflige e lhe põe a vida em risco, naturalmente vai buscar na sociedade o recurso para sua defesa. Em se tratando de uma sociedade na qual se estabeleceu uma representação democrática, os poderes instituídos serão instados a atender a pessoa. Diante de uma impossibilidade material, é natural também que o órgão público informe ao cidadão não dispor do necessário para atender sua demanda, o que provocará uma busca por recurso capaz de lhe salvar.

Embora se admita ser possível quantificar as necessidades fundamentais para a manutenção da vida humana, o legislador pátrio, inspirado na Declaração Universal dos Direitos Humanos e em legislações alienígenas, registrou como imperativo o direito a que se tenha uma vida digna. A dignidade humana, embora também seja passível de considerações e capaz de gerar teorias diversas, envolve indiscutivelmente a questão da manutenção da saúde. A saúde, assim, seria parte do “mínimo existencial”.

Diante deste impasse entre o possível de realizar e a demanda particular é que se estabelece o papel do Judiciário, ao qual cabe analisar os casos particulares para, com base na interpretação das normas constitucionais, decidir entre obrigar o órgão à prestação do atendimento solicitado ou informar ao cidadão da impossibilidade. Mas

ocorre que os casos são julgados levando-se em conta uma vida que ainda pulsa diante do magistrado, ao passo em que a coletividade é abstrata.

Assim, a maioria dos casos recebe sentença favorável, o que vem ocasionando aumento gradativo das despesas do gênero, dificultando a aplicação de políticas públicas e afetando a coletividade, que acaba prejudicada pela falta de assistência, restando-lhe, igualmente, recorrer ao Judiciário.

Enfim, as decisões judiciais têm provocado relações conflituosas entre gestores e o próprio Judiciário, sendo necessária a ponderação pormenorizada de todas as nuances envolvidas na questão dos direitos sociais.

É necessário, ainda, encontrar-se uma solução nacional para a questão, dado que o Direito Comparado pouco pode auxiliar, porque as condições de vida são diferentes em cada país, e mesmo os direitos fundamentais não são explícitos em todas as nações, a exemplo da Alemanha, de onde se importou as teorias da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial, sem que haja, no entanto, parâmetro comparativo possível entre os estágios sociais destes dois países.

A saúde, sendo direito de todos, segundo a Constituição, constitui direito universal e coletivo, é também direito individual, mas não se consubstancia em direito absoluto a qualquer pretensão particular, sendo antes um direito subjetivo de participar de políticas públicas que visem a promover, proteger ou recuperar a saúde. Trata-se, ainda, de um dever do Estado, que precisa cumprir solidariamente a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, que devem lhe destinar recursos, estabelecidos percentualmente pela EC 29/2000, e através do Sistema Unificado de Saúde.

O direito à saúde é garantido mediante políticas sociais e econômicas, através das quais se estabelecem critérios para a aplicação do recursos, em geral escassos, de forma a abranger o máximo possível de situações. Tais políticas devem ainda visar à redução do risco de doença e de outros agravos, ou seja: devem incluir as ações preventivas, sendo este, provavelmente, seu aspecto mais universalista e igualitário.

Não obstante, a Constituição prevê como dever do Estado estabelecer e praticar políticas que garantam a proteção e recuperação da saúde, o que serve de

fundamento para as pretensões individuais por assistência médica ou farmacêutica, gerando as incontáveis ações que lotam os Tribunais.

O que se constata, na análise das decisões judiciais, é que não se trata exatamente de ingerência ou interferência de um Poder sobre outro, sendo mesmo, em muitos casos, rechaçada a própria teoria da separação dos Poderes, mas apenas de determinações judiciais para que os órgãos públicos cumpram as políticas assistenciais que o Estado mesmo estabeleceu. Inobstante, o STF está repleto de ações que visam a suspender decisões favoráveis aos demandantes, mesmo que isso signifique, em muitos casos, devolução de verbas destinadas a tratamentos médicos, por parte dos familiares, depois de já recebidas.

A Audiência Pública realizada pelo STF entre abril e maio de 2009 apontou critérios diretivos que visam a embasar as decisões judiciais, entre as quais averiguar, inicialmente, se a prestação pleiteada faz ou não parte das políticas públicas de assistência à saúde do SUS e, em não sendo, se a falta da assistência decorre de omissão administrativa ou legislativa, de uma opção por não atender ou de uma proibição legal para sua adoção, sendo válido lembrar que é vedado à Administração fornecer medicamentos não regulamentados pela ANVISA. Por fim, há que averiguar, ainda, se há tratamento alternativo oferecido pelo SUS.

De modo geral, na medida do possível, há que se privilegiar o tratamento oferecido pelo SUS, desde que não seja comprovada sua ineficácia. Logicamente, as ações dos Laboratórios, que constantemente divulgam novos fármacos e tratamentos, deve ser medida, embora a aplicação destes também seja sujeita à requisitos legais. Nos casos em que o paciente demonstrar, via laudo médico, que o tratamento oferecido não lhe surte efeitos, a alternativa deve ser considerada, devendo prevalecer, no entanto, o cuidado para que não se reproduzam indistintamente as iniciais, decisões e sentenças, sem que cada caso seja apreciado detidamente.

Em última instância, a assim denominada Judicialização de Políticas Públicas, ou o remédio jurídico, mostra-se mais que necessário para a manutenção de uma sociedade que seja minimamente justa e igualitária. Não obstante, tal como um

antibiótico, deve ser ministrado na medida necessária, de modo a recompor a saúde social e não findar por enfraquecê-la e torná-la dependente.

Por último, concordamos com a jurisprudência dominante do STF, em especial aos posicionamentos dos ministros daquela Suprema Corte, Celso de Mello, Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso; além de grande parte da doutrina fundamental brasileira, bem como à lição do renomado jurista e brilhante professor Dirley da Cunha Junior, no sentido de ratificarem que as omissões inconstitucionais do Poder Público para a assistência pública de saúde individual ou coletiva que não forneçam medicamentos de alto custo aos enfermos que deles precisarem; desde que tais medicamentos não sejam proibidos expressamente pela ANVISA, e de que o SUS não ofereça fármacos alternativos de igual eficácia; deverá haver a judicialização das políticas públicas de saúde para que o Poder Judiciário determine ao Estado (União, Estados-membros e Municípios) que, solidariamente, se responsabilizem pelo custeio do fornecimento de medicamentos de alto custo para os indivíduos que deles necessitarem e não possuam poder aquisitivo para adquiri-los.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ALEXY, Robert. SILVA, Virgílio A. [Trad.]. **Teoria dos direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

ARAÚJO, Rosalina Corrêa de. **O Estado e o Poder Judiciário no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Atualidades Jurídicas. nº 4, jan-fev/2009, OAB. Disponível em <[http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf)>. Acesso em 01 dez 2014.

BEHRING, Elaine Rosseti. **Brasil em Contra-Reforma; desestruturação do Estado e perda de direitos**. 2ed. São Paulo: Cortez, 2008.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCI, Nicola e PASQUINO, Gianfrancesco. **Dicionário de política**, Vol. 1. Trad. VARRIALE, Carmen C. et al. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BOTELHO, Ramon Fagundes. **A judicialização do direito à saúde: a tensão entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível” na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2011

BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAMPOS, Francisco E.; OLIVEIRA, Mozart; TONON, Lidia M. **Legislação básica do SUS**. Belo Horizonte: Coopmed, 1998.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 102

CONCEIÇÃO FILHO JN, Domingues ASP. **Acesso a medicamentos por via judicial e processos administrativos: um estudo sobre seu impacto na gestão da assistência farmacêutica no município de Salvador-BA, 2006** [Monografia] Salvador (BA): Faculdade de Farmácia, Universidade Federal da Bahia; 2006.

COSTA, J. F. **Ordem médica e norma familiar**. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

COUTO, Berenice Rojas. **O direito social e a Assistência Social; uma equação possível?** 2 ed. São Paulo: Cortez, 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. Salvador: JusPODIVM, 2008.

\_\_\_\_\_. **O Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição**. 2. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

CUNHA, Rubem Dario Peregrino. **A juridicização da discricionariedade administrativa**. Salvador: Vercia, 2005.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**, 22ª Edição, editora Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

ESPINDOLA, Angela A. S. [et al]. MORAIS, José L. Bolzan de. [Org.]. **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador, Juspodivm, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FILHO, Arnaldo Lemos. **Sociologia Geral e do Direito**. 5 edição. Campinas, SP: Editora Alínea, 2012.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2007.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos - direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução à Ciência do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.



IBGE 2010. **PIB - as 100 maiores cidades do Brasil**. Disponível em <<http://georgelins.com/2010/12/12/pib-as-100-maiores-cidades-do-brasil-ibge-2010/>>. Acesso em 20 nov 2014.

IBGE 2014. **Bahia » Salvador » infográficos: dados gerais do município**. Disponível em <<http://www.cidades.ibge.gov.br/painel/painel.php?lang=&codmun=292740&search=||infogr%E1ficos:-dados-gerais-do-munic%EDpio>>. Acesso em 20 Nov 2014.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 103

KRELL, Andréas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: ed. Sérgio Fabris, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MOREIRA, Alinie da Matta. **As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NOVELINO, Marcelo. Org. **Leituras complementares de constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 4. Ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

OLIVEIRA, Jaime A. de Araújo; TEIXEIRA, Sônia M. F. Teixeira. **(Im) previdência social: 60 anos de história da Previdência no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 1985.

PINTO, Marcos José. **O superendividamento do consumidor no Brasil**. Artigo. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-superendividamento-do-consumidor-no-brasil,29370.html>>. Acesso em 28 Nov. 2014.

PREFEITURA MUNICIPAL DE SALVADOR. SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE. **Plano municipal de saúde**. Disponível em <[http://www.saude.salvador.ba.gov.br/arquivos/astec/PMS\\_final.pdf](http://www.saude.salvador.ba.gov.br/arquivos/astec/PMS_final.pdf)>. Acesso 12 Out 2014.

\_\_\_\_\_. COORDENADORIA DE ATENÇÃO E PROMOÇÃO A SAÚDE - COAPS. **Relatório PAPDF 2010**. Salvador: SMS, 2010.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais. Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justiciabilidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9ª ed. rev. atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti; BARCELOS, Ana Paula de [et al]. **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. Ed. rev. e ampl.

SARMENTO: Daniel. **Filosofia e teoria constitucional e contemporânea**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2009. 104

SCHWARCZ, L. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil - 1870-1930**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.